



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANTÔNIO BESERRA DOS SANTOS NETO**

**Controle de Constitucionalidade, Dificuldade Contramajoritária e Diálogos  
institucionais: A experiência na América do Norte e possibilidades no  
Brasil**

Dissertação de Mestrado



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANTÔNIO BESERRA DOS SANTOS NETO**

**Controle de Constitucionalidade, Dificuldade Contramajoritária e Diálogos  
institucionais: A experiência na América do Norte e possibilidades no  
Brasil**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Linha de Pesquisa: 1.1 Jurisdição e Processos Constitucionais

Orientador: Professor Doutor Ivo Dantas.

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

SANTOS NETO, ANTONIO.

Controle de Constitucionalidade, Dificuldade Contramajoritária e  
Diálogos institucionais: A experiência na América do Norte e possibilidades  
no Brasil / ANTONIO SANTOS NETO. - Recife, 2018.

158 P

Orientador(a): FRANCISCO IVO DANTAS

Coorientador(a): FLAVIA SANTIAGO

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de  
Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.

Inclui referências.

1. DIREITO CONSTITUCIONAL. 2. CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE. 3. ATIVISMO JUDICIAL. I. DANTAS,  
FRANCISCO IVO. (Orientação). II. SANTIAGO, FLAVIA. (Coorientação). IV.  
Título.

340 CDD (22.ed.)

Nome: Antônio Beserra dos Santos Neto

Título: Controle de Constitucionalidade, Dificuldade Contramajoritária e Diálogos institucionais: A experiência na América do Norte e possibilidades no Brasil

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco para a obtenção do título de Mestre em Direito.

O candidato foi considerado aprovado pela banca examinadora, no dia 02 de maio de 2018

---

**Professor Doutor Francisco Ivo Dantas Cavalcanti (Orientador)**

---

**Professor Doutora Flávia Santiago**

---

**Professora Luciana Grassano**

---

**Professora Doutora Gina Gouveia**

## RESUMO

O controle de constitucionalidade é o instituto que visa assegurar a suprallegalidade e a imutabilidade relativa da constituição. Sua origem está atrelada ao surgimento do próprio constitucionalismo, essencialmente às Constituições escritas, mais precisamente atrelada ao julgamento do caso *Marbury v. Madison*, ocorrido em 1803, que se estabeleceu, de maneira definitiva, o controle judicial de constitucionalidade, no entanto tal decisão da Suprema Corte suscitou vários questionamentos da academia acerca da sua compatibilidade com o texto constitucional, com a intenção dos constituintes e sua relação com a democracia, sendo problematizada até hoje. A partir da segunda metade do século XX, o modelo judicial de controle de constitucionalidade expandiu-se largamente pelo mundo ocidental, estando presente na maioria dos países democráticos. Com tal expansão, também foi difundida a discussão concernente à legitimidade e dificuldades de se atribuir a um órgão o poder de revisar a constitucionalidade da legislação decorrente de processos deliberativos democráticos. Em tal contexto, a presente dissertação se inicia com a exposição relativa às origens do *judicial review*, procurando expor as influências e o papel dos constituintes durante o processo de elaboração e ratificação da Constituição americana, a opção por atribuir ao Judiciário o papel de guardião da Constituição, assim como a doutrina que se posiciona contrariamente a tal corrente. A seguir, faz-se uma remissão sobre a separação de poderes e o papel assumido pelo judiciário nas principais teorias clássicas. O terceiro capítulo aborda a relação entre o controle de constitucionalidade e a dificuldade contramajoritária, explorando a obra de Alexander Bickel e o conceito de supremacia judicial como cerne do conflito entre jurisdição constitucional e representatividade democrática. Em tal capítulo foram expostas algumas críticas ao modelo de supremacia judicial, tese que deposita no poder judiciário o poder de dar a última palavra sobre o sentido da constituição. No quarto capítulo, adentra-se no debate sobre uma via alternativa ao tradicional modelo de controle de constitucionalidade, analisando a forma fraca de controle de constitucionalidade e a *override clause* presente na Constituição do Canadá, que redimensionam o *judicial review* a partir da possibilidade de retirada episódica da eficácia das decisões judiciais pelo Parlamento, com a exposição da teoria dos diálogos institucionais tal qual como concebida pela doutrina na América do Norte e o desenho institucional gerado pelo redimensionamento do papel do judiciário e das instâncias democráticas na determinação do sentido da constituição. Por fim, o último capítulo versa sobre o estágio atual da jurisdição constitucional no Brasil e possibilidade de aplicação das teorias dialógicas no cenário nacional.

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade. Separação de Poderes. Dificuldade contramajoritária. Supremacia Judicial. Diálogos institucionais.

## ABSTRACT

Judicial review is the main institute that aims to assure supralegality and relative rigidity to constitutions. Its origin is related to the emergence of constitutionalism itself, essentially to the written Constitutions, more precisely linked to the judgment of the *Marbury v. Madison*, in 1803, that judicial control of constitutionality was definitively established. However, this decision of the Supreme Court raised several questions from the academy about its compatibility with the constitutional text, with the intention of the framers and their relationship with the democracy, being, until today, problematized. Since the second half of the twentieth century, the judicial model of constitutionality control has expanded extensively throughout the Western world, being present in most democratic countries. With this expansion, the discussion about the legitimacy and difficulties of assigning to a body the power to review the constitutionality of legislation deriving from democratic deliberative processes was also widespread. In this context, the present dissertation begins with the exposition concerning the origins of judicial review, trying to expose the influences and the role of the constituents during the process of elaboration and ratification of the American Constitution, the option to assign to the Judiciary the role of guardian of the Constitution, as well as the doctrine that opposes this movement. The following is a remission on the separation of powers and the role assumed by the judiciary in the main classical theories. The third chapter deals with the relationship between judicial review and countermajoritarian difficulty, exploring the work of Alexander Bickel and the concept of judicial supremacy as the core of the conflict between constitutional jurisdiction and democratic representation. In this chapter, some criticism is formed to the model of judicial supremacy, a theory that places in the judiciary the power to give the last word on the meaning of the constitution. In the fourth chapter, the work focus on an alternative way to the traditional model of judicial review, analyzing the weak form of constitutionality control and the override clause present in the Constitution of Canada, which reshapes the classical model of judicial review, creating an episodic withdrawal of the effectiveness of judicial decisions by Parliament. The chapter also focus on the exposition of the theory of dialogues as conceived by the doctrine in North America and the institutional design generated by the re-sizing of the role of the judiciary and of democratic instances in determining the meaning of the constitution. Finally, the last chapter deals with the current stage of constitutional jurisdiction in Brazil and the possibility of applying dialogical theories in the Brazilian scenario.

**Keywords:** Judicial review. Separation of Powers. Countermajoritarian difficulty. Judicial Supremacy. Institutional dialogues.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1. AS ORIGENS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	15
1.1 O <i>JUDICIAL REVIEW</i> , A INFLUÊNCIA DA DOCTRINA DE EDWARD COKE 18	
1.2 <i>MARBURY versus MADISON</i> , A (CRITICADA) DECISÃO (POLÍTICA) DA SUPREMA CORTE.....	26
1.3 OS ANTECEDENTES DO <i>JUDICIAL REVIEW</i> NOS ESTADOS UNIDOS. AS DELIBERAÇÕES DO PROCESSO CONSTITUCIONAL .....	30
<b>2. A SEPARAÇÃO DE PODERES</b> .....	50
2.1 O PODER JUDICIÁRIO E SEU LUGAR NA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES. ....	50
2.2 A DIVISÃO DO PODER EM LOCKE .....	54
2.3. O ESPÍRITO DAS LEIS E A DIVISÃO EM TRÊS PODERES DE MONTESQUIEU .....	60
2.3. A INFLUÊNCIA DE JAY, MADISON E HAMILTON À CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIVISÃO DE PODERES.....	66
<b>3. O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE E O DESEQUILÍBRIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA</b> .....	79
3.1 BRADLEY THAYER, UM ANTECEDENTE DA TEORIA DA DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA.....	87
3.2 A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA NA OBRA DE ALEXANDER BICKEL: UMA TEORIA DE DEFESA À PRÁTICA DO <i>JUDICIAL REVIEW</i> .....	90
3.3 A SUPREMACIA JUDICIAL COMO ELEMENTO DA TENSÃO ENTRE O CONSTITUCIONALISMO E A DEMOCRACIA.....	94
<b>4. O DIÁLOGO INSTITUCIONAL. A OPÇÃO DA CONSTITUIÇÃO CANADENSE</b> .....	104
4.1 A CONSTITUIÇÃO CANADENSE DE 1982 COMO MARCO DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL.....	104
4.2 O PROCESSO CONSTITUINTE CANADENSE. ENTRE A SUPREMACIA PARLAMENTAR E JUDICIAL .....	107

4.2.1 A Seção 33 da Carta de Direitos do Canadá.....	111
4.3 O DIÁLOGO INSTITUCIONAL NO CANADÁ.....	117
4.4 A TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUI UMA OPÇÃO INTERMEDIÁRIA ENTRE SUPREMACIA JUDICIAL E SUPREMACIA PARLAMENTAR? .....	124
5. A INFLUÊNCIA DO <i>JUDICIAL REVIEW</i> NO BRASIL .....	129
5.1 A INFLUÊNCIA DO <i>JUDICIAL REVIEW</i> NO BRASIL E O ATUAL PANORAMA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	129
5.2 - A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL. A SUPREMACIA DO JUDICIÁRIO.....	133
5.3 A POSSIBILIDADE DE DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NO BRASIL .....	143
CONCLUSÃO.....	147
REFERÊNCIAS.....	151

## INTRODUÇÃO

A tensão entre constituição e democracia é tema recorrente de estudo do direito constitucional, sendo considerada por quase meio século uma obsessão na doutrina americana<sup>1</sup>. No Brasil, tal tensão se revela acentuada nos últimos anos em razão da acentuação da participação do Poder Judiciário em questões relevantes que impactam na vida dos cidadãos, apenas nos últimos anos a cúpula do Judiciário decidiu sobre matérias tipicamente reservadas às decisões políticas majoritárias, como nos casos das uniões homoafetivas, a interrupção da gestação de fetos anencéfalos, a demarcação de terras indígenas, as cotas raciais, a recepção da Lei de Anistia, o nepotismo, o rito do *impeachment*, a cláusula de barreira e o financiamento empresarial de campanhas eleitorais.

Embora a prática do *judicial review* pelo Judiciário fosse admitido desde a Constituição de 1891, que promoveu a adoção de um modelo difuso de controle de constitucionalidade, somente a partir da promulgação da Constituição de 1988 que houve uma efetiva atribuição de força normativa à Constituição, ocorrendo verdadeiro reposicionamento institucional do Judiciário.

Durante a vigência da atual Constituição, o Supremo Tribunal Federal passou a assumir uma posição de protagonismo no cenário político, isto porque a jurisdição constitucional no País, seguindo a predominante tendência dos países ocidentais<sup>2</sup>, tornou possível a concretização e proteção de direitos fundamentais pelo Judiciário, indo de relativa timidez a um status de supremacia judicial<sup>3</sup>, na qual define o sentido da Constituição com a pretensão de que sua decisão sirva de limite à atuação futura dos demais atores constitucionais.

Esta ascensão do Judiciário com a assunção de uma posição privilegiada em definir de maneira final o sentido da Constituição pode provocar

---

<sup>1</sup> The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five. Yale Law Journal, Vol. 112, p. 153-259, 2002, Última revisão: novembro, 2011; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 50.

<sup>2</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: New York University Press, 1995. Ebook.

<sup>3</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

um desequilíbrio na Separação de Poderes, haja vista que o poder de guarda e defesa da Constituição lhe colocaria numa posição de superioridade perante os demais, podendo invalidar as deliberações dos demais Poderes, ainda que legitimamente tomados por simplesmente não possuir a mesma interpretação acerca do sentido da Lei Fundamental. Ressalte-se que em tal caso o Judiciário, invalida as deliberações provenientes de atores que, em tese, representam a vontade do povo.

Neste contexto, como explicado por Alexander Bickel<sup>4</sup> logo no início da segunda metade do século XX, a atuação do Judiciário configuraria uma atividade contramajoritária, pois a corte poderia atuar contra a vontade maioria para proteger as minorias, gerando um possível problema ao princípio democrático, pois um órgão desprovido de legitimidade representativa, dado o fato de juízes não eleitos pudessem invalidar decisões tomadas por parlamentares eleitos. Nesse escopo, para alguns tal exercício, sobretudo quando assume posição de detentor da palavra final, seria possivelmente ilegítimo, como afirma Mark Tushnet<sup>5</sup>.

A atuação contramajoritária assume relevância quando se desenvolve, a partir da teoria da supremacia da constituição, uma concepção de supremacia judicial, pois haveria a vinculação dos demais atores ao posicionamento desenvolvido pelo Judiciário, impedindo que os representantes do povo, por meio do processo legislativo ordinário pudessem confrontar a decisão judicial, cerceando o princípio do autogoverno. Em tal contexto, surgiram objeções à competência jurisdicional para definir o sentido da constituição, dos quais se destacam o constitucionalismo popular e o constitucionalismo dialógico.

Em tal contexto, o objetivo do presente trabalho é investigar quais os elementos da jurisdição constitucional que constituem dificuldade contramajoritária, se a tensão entre democracia e constitucionalismo corresponde à dificuldade contramajoritária e se é possível conciliar através do constitucionalismo dialógico, da utilização de diálogos institucionais, o direito ao

---

<sup>4</sup> BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

<sup>5</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

autogoverno e proteção das minorias, ou seja, conciliar a atividade representativa do parlamento com o papel do Judiciário de fiscalizar e garantir a efetivação dos direitos fundamentais e proteção das minorias, possivelmente minorando aquela tensão.

Para tanto, o presente trabalho investiga especificamente o modelo de constitucionalismo dialógico desenvolvido no Canadá, indagando se tal forma representa uma criação original e intermediária entre os clássicos arranjos de supremacia parlamentar e judicial.

É importante, desde já, ressaltar que apesar de ser um tema em constante debate na academia, o tema possui, no caso do Brasil, uma preocupação muito mais no plano teórico do que prático, uma vez que apesar da inequívoca expansão da jurisdição constitucional, a efetiva declaração de inconstitucionalidade de leis ainda não é tão impactante quantitativamente falando. Como resalta Luís Roberto Barroso em análise de levantamento realizado pela Secretaria de Gestão Estratégica do Supremo Tribunal Federal constata que “é relativamente baixo o número de dispositivos de leis federais efetivamente declarados inconstitucionais, sob a vigência da Constituição de 1988”<sup>6</sup>.

Em tal estudo da Secretaria de Gestão Estratégica foi apontado que, do vigência da Constituição Federal de 1988 até 2015, somente 93 dispositivos de legislação federal foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, dentro de um universo de 5.379 leis ordinárias federais e mais 88 complementares. Apontando ainda que “Na imensa maioria dos casos, teve-se o reconhecimento da invalidade de dispositivos pontuais, mantendo-se em vigor a parte mais substancial dos diplomas objeto de questionamento”.<sup>7</sup>

Evidentemente tal perspectiva é estritamente quantitativa, não mede a relevância da atuação da Suprema Corte em casos paradigmáticos, tampouco leva em consideração declarações de inconstitucionalidade ocorridas quando do controle de Emendas Constitucionais, que seriam uma das formas de modificar o sentido da Constituição. De forma que a posição exposta por

---

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. A Razão sem voto: o Supremo tribunal Federal e o Governo da Maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. – vol. 5, número especial, 2015. Brasília: UniCEUB, 2015. p. 37.

<sup>7</sup> BARROSO, *ibidem.*, p. 37.

Roberto Barroso, no artigo em comento, sobre a inexistência de supremacia judicial não pode ser caracterizada apenas pelo aspecto quantitativo.

De forma a possibilitar a investigação adequada do controle de constitucionalidade, o trabalho aborda o surgimento do *judicial review* nos Estados Unidos, analisando os possíveis antecedentes históricos, influências do *Common Law* e se tal instituto teria sido legitimamente criado e utilizado.

Como se sabe, a origem da jurisdição constitucional remonta ao processo constituinte norte-americano e que desde o século XVIII estabeleceu uma supremacia constitucional em detrimento do paradigma prevalecente na Inglaterra e França que consolidaram uma duradoura supremacia parlamentar. Entretanto, ainda que estabelecida a supremacia constitucional, comumente se ressalta que o texto constitucional dos Estados Unidos não possuía previsão expressa do *judicial review* e que a jurisdição constitucional teria sido criação jurisprudencial, fruto da engenhosidade do *Justice* John Marshall em interpretação dos textos escritos por Hamilton<sup>8</sup>. Razão pela qual se realiza um estudo do tema para elucidar a questão da legitimidade funcional do *judicial review* nos Estados Unidos.

No segundo capítulo, faz-se uma remissão às principais teorias da Separação De Poderes buscando elucidar como os principais teóricos abordaram a função do judiciário no esquema da tripartição de poderes. Tal análise permite verificar nos fundamentos de Hamilton, que levaram à adoção do *judicial review*, indícios de como se daria a relação entre os poderes ao se delegar ao Judiciário tão importante função.

No terceiro capítulo é apresentada a discussão sobre dificuldade contramajoritária e explanadas as dificuldades em se conciliar o princípio do autogoverno com a proteção de direitos fundamentais.

No quarto capítulo, faz-se uma análise da teoria canadense dos diálogos institucionais, os motivos históricos que levaram tal país à adoção de um modelo peculiar de jurisdição constitucional, que permite ao parlamento oferecer respostas legislativas, possivelmente constituindo um novo modelo de constitucionalismo. Este é, na verdade, o objeto de capítulo em comento, se o

---

<sup>8</sup> Especificamente o ensaio nº 78, em: HAMILTON, Alexander; JAY, John e MADISON, James; *O Federalista*. Belo Horizonte: Livraria Líder e Editora Ltda, 2003. p. 460.

constitucionalismo dialógico realmente pode representar uma via alternativa aos tradicionais modelos de supremacia judicial ou supremacia parlamentar.

No quinto e último capítulo expõe-se o atual panorama da atuação do Supremo Tribunal Federal no Brasil, tentando caracterizar a existência ou não de uma supremacia judicial, se a mesma pode representar uma dificuldade contramajoritária e também se seria possível a implementação de uma teoria dialógica no País, mesmo diante de uma previsão constitucional expressa que determina o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição.

Por fim, faz-se necessário um esclarecimento de opções terminológicas realizadas pelo autor. O tratamento dado à teoria dos diálogos possui diferentes nomenclaturas, Rodrigo Brandão<sup>9</sup>, por exemplo denomina de diálogos constitucionais, Conrado Hubner<sup>10</sup> de inter-institucionais, ao passo que no presente trabalho realizou-se a opção de chamar diálogos institucionais, por entender que o debate pode ocorrer entre diferentes instituições, pois, como explicam Meuwese e Snel: “O diálogo não ocorre apenas entre legisladores e destinatários, mas também entre os diferentes tipos de tomadores de decisão, como legisladores, juízes, reguladores e as divisões constitucionais tradicionais”<sup>11</sup>. Assim, trata-se de mera opção a utilização do termo diálogo institucional no título entre diversas sinônimas possíveis, utilizando-se o termo diálogo constitucional em algumas partes da presente dissertação como sinônimo.

O presente trabalho também faz uso indiscriminado dos termos *judicial review*, controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional como se fossem idênticas, apesar de reconhecer que não é a melhor precisão terminológica, haja vista a lição de Ivo Dantas<sup>12</sup>, segundo a qual o termo jurisdição constitucional seria mais amplo que o controle de constitucionalidade, referindo-se também às hipóteses de julgamento de todas as espécies de Processo Constitucional. Ressalvando que comumente se

---

<sup>9</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Op. cit.*

<sup>10</sup> MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

<sup>11</sup> MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix. “Constitutional Dialogue”: An Overview. In: *Utrecht Law Review*. v. 9. n. 2, p. 123-140. 2013. P. 127.

<sup>12</sup> DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 281-284.

refere ao *judicial review* para se reportar à atividade de controle das Cortes americana e canadense, utilizando o termo em contextos específicos para a realidade brasileira.

De mesma sorte, a utilização da nomenclatura divisão ou separação de poderes ao invés de função foi mera opção de estilo e por compreender que a própria Constituição Federal vigente preza pela utilização de tal termo, assim, o termo divisão de poder parece ser de mais fácil acesso a juristas iniciantes e não juristas. Como se sabe, poder remete à noção de soberania do Estado, é uno e indivisível, de forma que a terminologia apropriada seria tripartição de funções.<sup>13</sup>

Por fim, no escopo de facilitar e tornar menos cansativa a leitura, optou-se por realizar a tradução livre de todos os textos em inglês citados no corpo da dissertação, transcrevendo-se o original em nota de rodapé.

---

<sup>13</sup> Ficamos com a lição de Pinto Ferreira segundo a qual “O poder político é uno, indivisível, indelegável, porém se desdobra em diversas funções, para a realização de suas tarefas” em: FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. v.1, São Paulo: Saraiva, 1989. p. 37.

## 1. AS ORIGENS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade corresponde a um dos pilares na defesa do Estado de Direito<sup>14</sup>, sendo possível observar diferentes formas de controle, seja pela via judicial ou política. José Afonso da Silva<sup>15</sup> define o controle judicial de constitucionalidade como a “faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e outros atos do Poder Público que contrariem formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais”<sup>16</sup>, estando o controle assentado em pelo menos dois pressupostos teóricos observáveis nos mais diversos sistemas constitucionais, quais sejam a suprallegalidade e a imutabilidade relativa das constituições.

Distinguem-se, tradicionalmente, duas formas principais de controle de constitucionalidade, que são: o controle político e o judicial, ambos concebidos no escopo de garantir a suprallegalidade e a imutabilidade sem observância do procedimento adequado das constituições. No controle tradicionalmente apontado como judicial, há atribuição de fiscalização da constitucionalidade das leis a órgão de natureza jurisdicional, seja ou não vinculado ao poder judiciário, como nos casos das cortes constitucionais e, no controle pela via política, atribui-se tal poder a um órgão de natureza não jurisdicional, tipicamente preventivo<sup>17</sup>.

O *case Madison v. Marbury*, julgado em 1803 pela *Supreme Court* dos Estados Unidos, é tradicionalmente considerado o marco inaugural do controle jurisdicional de constitucionalidade, mas a criação do *judicial review* não surgiu

---

<sup>14</sup> DANTAS, Ivo. *O valor da constituição... Op. Cit.*, p. 35.

<sup>15</sup> Ivo Dantas identifica os dois pressupostos teóricos como rigidez e suprallegalidade, nos seguintes termos: “[...] sendo a Constituição oriunda de um super poder – o Poder Constituinte -, nela estão inseridos os valores supremos consagrados pela sociedade para a qual seu texto foi elaborado. Disto decorre a consequência de que só possam ser modificados por procedimentos especiais, constitucionalmente previstos. É o caráter de rigidez que, em geral, marca aquela espécie legislativa;

b- à característica de Suprallegalidade que marca a norma constitucional, distinguindo-a, em consequência, das demais normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico-positivo do Estado, decorre a obrigatoriedade de que estas últimas tenham consigo a obrigação inarredável de encontrarem-se, onticamente, de acordo com os ditames-preceitos inseridos na primeira” (DANTAS, Ivo. *O valor da constituição... Op. Cit.*, p. 35-36).

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros. 2010, p. 49.

<sup>17</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Leis no Direito Comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 26-29.

desprovida de antecedentes históricos. A decisão proferida pelo *Justice* John Marshal não pode ser considerada como ponto de partida isolado, desprovido de precedentes e discussão doutrinária na própria América do Norte da época. Tampouco podem-se ignorar fatos históricos ocorridos durante o processo constituinte norte americano<sup>18</sup>, sendo insofismável a contribuição de Alexander Hamilton nos escritos de “O Federalista” como um marco considerável para a atividade de John Marshal<sup>19</sup>.

Influências mais remotas, também mais genéricas, partem da literatura grega apontando a um peculiar sistema de hierarquia de normas, na sociedade helênica/ateniense. Segundo Capelletti<sup>20</sup>, um antecedente mais relevante pode ser observado na Inglaterra do século XVII, mais precisamente com a contribuição teórica de Edward Coke, no final da Era Tudor.

Na literatura grega, especificamente na tragédia de Antígona, de Sófocles, é possível observar um conflito e a necessidade de prevalência de um sobre outro, entre o que seria a lei natural, os costumes, e a lei dos homens, quando Antígona defende o direito de sepultar seu irmão em conformidade com os ritos sagrados, apesar de contrariar um edito do detentor do trono de Tebas. Os fundamentos de Antígona baseiam-se no argumento de que ela teria agido em conformidade com as leis divinas, superiores e mais antigas do que as terrenas, as quais seriam, pois, irrevogáveis por obras de mortais.

No direito ateniense, Cappelletti aponta a existência de uma espécie de hierarquia normativa na qual havia clara diferenciação entre o *nómos*, lei hierarquicamente superior, e o *pséfisma*, que seria espécie mais próxima de decreto e considerada de hierarquia inferior<sup>21</sup>. O autor italiano vai além e relata que os *nómoi* teriam verdadeiras semelhanças com a concepção atualmente conferida às normas constitucionais, uma vez que muitas vezes versavam sobre a própria organização da *pólis*. Além disso, possuíam a exigência de um

---

<sup>18</sup> TRENOR, William Michael. *The Case of the prisoners and the origins of judicial review*. University of Pennsylvania Law Review, Filadélfia, 1994. . p. 491-570. v. 143; PRAKASH, Saikrishna B., YOO, John C. *The Origins of Judicial Review*. The University of Chicago Law Review, Chicago, 2003. p. 887-982. v. 70. CORWIN, Edward Samuel. *The Doctrine of Judicial Review*. Princeton University Press: Princeton. 1914.

<sup>19</sup> HAMILTON, Alexander; JAY, John e MADISON, James; *Op. cit.*, p. 460.

<sup>20</sup> CAPPELLETTI, *Op. Cit.*

<sup>21</sup> CAPPELLETTI, *ibidem*.

procedimento qualificado para sua alteração, aproximando-se, nas palavras do autor, das revisões constitucionais<sup>22</sup>.

Em sua célebre obra, o jurista italiano já antecipara que:

[...] foi um "conceito comum a todos os Estados gregos" o de que a lei (*nómos*) devesse ser qualquer coisa de *fixo* "retirada das tumultuárias vicissitudes da vida política e das decisões improvisadas das assembléias". Portanto, tinha sido excogitado, em Atenas, um procedimento de revisão das leis extremamente complexo; a mudança da lei era considerada, em suma, uma providência de extraordinária gravidade, cercada das garantias mais prudentes e até mais estranhas, com responsabilidades gravíssimas para quem propunha uma alteração que não fosse, no final, aprovada ou que, ainda que aprovada, se mostrasse, depois, inoportuna. Deste modo, o poder de mudar as leis era retirado dos caprichos de maioria da Assembléia Popular (Ecclesia).<sup>23</sup>

Nesse contexto, embora a Assembleia Popular exercesse uma espécie de poder legislativo, suas deliberações ordinárias não tinham o *status* de *nómoi*, mas o de *pséfisma* que podia versar sobre os mais variados assuntos, mas que deveriam ser, formal e substancialmente, em conformidade com os *nómoi*.<sup>24</sup>

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>25</sup>, assim como Cappelletti<sup>26</sup>, também ressalta a figura da *graphe paranomon*, espécie de “ação de ilegalidade” que consistia na possibilidade de se anular, perante o tribunal, uma lei contrária ao Direito. Tal ação possuía, como destacam ambos os autores, um caráter dúplice, pois resultava na invalidação e na possibilidade de punição do proponente da medida e do presidente da assembleia que permitiu tal votação.<sup>27</sup>

É curioso ressaltar a observação feita por Mauro Cappelletti, segundo a qual o julgador ateniense não podia ser obrigado a proferir decisão em conformidade com os *pséfirmas* quando esses estivessem em colisão com algum *nómos*. A partir das observações do autor italiano, é possível perceber

---

<sup>22</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Op. Cit.*

<sup>23</sup> CAPPELLETTI, *ibidem.*, p. 49.

<sup>24</sup> CAPPELLETTI, *ibidem.*, p. 7.

<sup>25</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 6: o autor vai além e aponta que a *graphe paranomon* seria um antecedente direto da atual ação direta de inconstitucionalidade.

<sup>26</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Op. Cit.* p.7.

<sup>27</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *ibidem.* p. 7-8.

uma rudimentar semelhança da hierarquia existente no ordenamento grego e do seu respectivo controle com a suprallegalidade constitucional e o controle judicial difuso de constitucionalidade, respectivamente.<sup>28</sup>

A partir dos relatos históricos, seria possível, pois, indagar acerca da existência, já na Antiguidade, de algum tipo de atenção especial com o controle das deliberações democráticas. Nesse sentido, a sociedade ateniense elaborou um sistema de hierarquia de leis que visava conformar o próprio sistema político desenvolvido naquela sociedade, desencorajando a edição de espécies normativas contrárias à norma superior.

Inevitável, assim, à luz da lição de Cappelletti, comparar-se, ainda que remotamente, o sistema normativo hierárquico grego com os atuais atributos da suprallegalidade e também da imutabilidade relativa, tão valiosos ao constitucionalismo.

#### 1.1 O *JUDICIAL REVIEW*, A INFLUÊNCIA DA DOUTRINA DE EDWARD COKE

Após o surgimento das primeiras constituições escritas nos Estados Unidos e na França, remete-se imediatamente ao julgado do *Chief Justice John Marshal*, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1803, como marco inaugural do modelo do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. A decisão de Marshal assumiu grande importância e reverberou ao longo da história, sendo possível observar seus efeitos repercutindo diretamente no esquema de separação de poderes, pois o Judiciário passava a ter a competência de participar de maneira ativa no controle dos atos dos demais Poderes.

A decisão da Suprema Corte no precedente conhecido como *Marbury v. Madison* é, tradicionalmente, apontada como originária do controle judicial de constitucionalidade, mas a decisão de John Marshal possuía fundamentos teóricos diretamente relacionados a um dos grandes elaboradores da Constituição americana: Alexander Hamilton. A referida teoria, que transferia ao Judiciário o poder de rever atos dos outros Poderes, baseava-se em

---

<sup>28</sup>CAPPELLETTI, Mauro. *op. Cit. p. 49-50.*

construção, vista como lógica pelos seus idealizadores, pois o controle de atos contrários à constituição decorreria da tese de supremacia da Constituição norte-americana frente aos Poderes constituídos.

O arcabouço da teoria que posteriormente viria a ser conhecida como *judicial review*, nomenclatura dada por Edward Corwin apenas no século XX<sup>29</sup>, foi difundido durante os debates ocorridos à época do processo de ratificação da Constituição, tendo Hamilton<sup>30</sup> exposto tal teoria de forma elucidativa, a seguir transcrita:

A Constituição é e deve ser considerada pelos juizes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve preferir aquela, cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preterida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes. Mas não se segue aqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juizes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são. (HAMILTON, 2003, p. 460)

Hamilton prossegue, nos dois parágrafos seguintes, diferenciando as conhecidas regras de aplicação de leis, iniciando pela regra na qual se deixava de aplicar uma lei em casos de revogação por lei superveniente e, em seguida, fazendo a distinção do método correto de aplicação do direito para o caso de conflito entre normas de hierarquia diferentes. O autor sustenta que a regra *lex posterior derogat legi priori* não seria aplicada quando vislumbrada diferença hierárquica, contradição entre o ato emanado de uma autoridade superior, que seria o poder constituinte, e a autoridade subordinada, poder constituído, como no trecho a seguir transcrito:

O que, nesse caso, a razão manda é que o ato antecedente da autoridade suprema seja preferido ao subsequente da autoridade subalterna; e que, por consequência, os juizes obedeçam à Constituição e desprezem qualquer estatuto que seja contrário ao que ela diz.<sup>31</sup> (HAMILTON, 2003, p. 460-461)

---

<sup>29</sup> Nesse sentido: CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review. O mito de Marbury. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 209, p. 115-132 2016.

<sup>30</sup> HAMILTON, Alexander; JAY, John e MADISON, James; *Op. Cit.*, p. 460.

<sup>31</sup> HAMILTON, Alexander; JAY, John e MADISON, James; *ibidem.* p. 460-461.

É preciso salientar que, apesar de entendido como criação necessária pelos seus teóricos, a criação do *judicial review* contrasta totalmente com o sistema de controle de constitucionalidade das leis teorizado na França, na mesma época, que, também fundado na necessidade de guardar a Constituição contra possíveis eventuais maiorias parlamentares, desenvolveu um modelo de controle de constitucionalidade por órgão político e de natureza preventiva. Como aponta Raúl Machado Horta<sup>32</sup>, isso seria mais adequado ao panorama social, político e filosófico daquele Estado, cuja aproximação do Judiciário ao *Ancien Régime* criou uma rejeição à possibilidade de se conferir grande autonomia àquele Poder.

Assim, na França, comumente atribui-se a criação do controle pela via política ao Abade Sieyès, que, fazendo similar distinção teórica da hierarquia existente entre poder constituinte originário e poderes constituídos, também entendia que o poder constituído não podia modificar as condições impostas pelo poder que o criou<sup>33</sup>. Como aponta Raúl Machado Horta<sup>34</sup>, Sieyès propôs a criação do “júri constitucional”, dada a necessidade de controle do legislador em homenagem à preservação do que foi estabelecido pelo Poder Constituinte.<sup>35</sup>

Tais remissões ao constitucionalismo francês são feitas para elucidar a peculiaridade do modelo desenvolvido nos Estados Unidos da América, que encontrou uma solução diversa, de certa forma original. A atribuição ao Poder Judiciário, o qual não se submete ao crivo popular, das importantes funções de controlar e corrigir eventuais desvios cometidos pelo Executivo e Legislativo, as

---

<sup>32</sup> HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 134-136

<sup>33</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Political Writings*: including the debate between Sieyes and Tom Paine in 1791. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2003, p. 136

<sup>34</sup> Sieyes, influenciado pela Escola Clássica do Direito Natural teoriza uma distinção entre o poder constituinte originário e os poderes derivados. Também propôs a criação de um órgão de controle de constitucionalidade político, através da criação de um “*jury de constitution*”, com semelhanças ao *Senat Conservateur* posteriormente criado (HORTA, Raul Machado. *Op. cit.*, p. 122-136 e 144-149).

<sup>35</sup> Embora a proposta de Sieyès tenha sido inicialmente refutada por seus opositores, cuja resistência à criação de um controlador da atividade do legislativo residia no temor de se criar um superpoder capaz de tolher a atividade do Poder Legislativo. A Constituição do ano VIII, embora se afastando do proposto por Sieyès, consagra o controle por órgão político, posteriormente adotado na França como meio exclusivo de controle de constitucionalidade até o início do século XXI.

quais podem sofrer rechaço diretamente do povo, implicava em um redesenho da teoria da separação de poderes, do sistema de freios e contrapesos.

A decisão da Suprema Corte é, também pelo motivo acima destacado - ausência de representação democrática - até hoje objeto de muitas críticas doutrinárias<sup>36</sup>. A falta de clareza no texto constitucional sobre o instituto do *judicial review* seria um dos fomentadores de parcela desse debate<sup>37</sup>, uma vez que a natureza sintética da Constituição dos Estados Unidos não contém, para alguns, previsão inequívoca acerca da possibilidade do *judicial review*. O texto originário da Constituição contém dois dispositivos sobre o tema, a seguir transcritos:

Artigo III, Seção 2, 1: A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Eqüidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.<sup>38</sup>

Artigo VI, 2: Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Jeremy Waldron, Alexander Bickel, Larry D. Kramer, inúmeros são os autores relevantes nos Estados Unidos que criticam a decisão proferida por John Marshal em *Madison v. Marbury*, a chamada dificuldade contramajoritária, termo criado por Alexander Bickel em sua obra já citada *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. - é uma verdadeira obsessão da doutrina americana.

<sup>37</sup> Larry D. Kramer sustenta que não haveria autorização no texto da constituição que permitisse ao Judiciário controlar a constitucionalidade de atos dos outros Poderes, em: KRAMER, Larry D. Foreword: We the Court, *Harvard Law Review*, v. 115, n. 4, 2001.

<sup>38</sup> No original: "*The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;10 —between Citizens of different States, —between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.*" Disponível em: <http://constitutionus.com/>. Acesso em: abril 2017.

<sup>39</sup> Tradução livre do Artigo VI, par. 2: "*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof, and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.*" Disponível em: <http://constitutionus.com/> Acesso em: abri 2017.

Diante da ausência de determinação expressa presente no texto constitucional como acima transcrito<sup>40</sup>, passa-se a expor os antecedentes históricos do *judicial review*, assim como os debates das convenções constituintes e respectivos discursos dos *Framers* no período do processo constituinte norte-americano. Tais documentos permitem uma maior compreensão de como a decisão de John Marshal não fora desprovida de precedentes na própria América do Norte. Nesse sentido, é interessante a observação introdutória de Edward Corwin:

Existem historiadores que apresentam uma considerável parte dos membros que participaram do processo constituinte possuem registro como tendo pessoalmente se posicionado a favor do *judicial review* em um período de tempo ou outro, seja antes, durante ou depois da Convenção. Por fim, há aqueles historiadores que representam o *judicial review* como um desenvolvimento natural das ideias que eram comumente possuídas na época em que a constituição foi estabelecida. A esses dois pontos de vista, eu acredito estarem suficientemente corretas, mas o resultado revela também alguns problemas ainda mais fundamentais sobre o assunto.<sup>41</sup> (CORWIN, 1914, p. 10)

A opção de atribuição do papel de determinação do sentido da constituição ao judiciário decorre, como aponta Cappelletti, de significativas influências históricas provenientes do *common law* inglês, que acaba por resultar na construção teórica do controle judicial de constitucionalidade. Cappelletti atribui fundamental papel à doutrina de supremacia do *common law* sobre o *statutory law* de Edward Coke, concluindo que a ideia da supremacia do Parlamento, consolidada e aplicada na Inglaterra desde a Revolução

---

<sup>40</sup> Eu já indiquei minha opinião de que não há cláusula inserida na constituição para o específico propósito de conceder esse poder nas cortes, mas tal poder repousa sobre alguns princípios gerais concebidos como incorporados na Constituição pelos constituintes. Tradução livre de “*I have already indicated my opinion that no clause was inserted in the Constitution for the specific purpose of bestowing this power on courts, but that the power rests upon certain general principles thought by its framers to have been embodied in the Constitution.*” Em: CORWIN, Edward Samuel. *The Doctrine of Judicial Review*. Princeton University Press: Princeton. 1914. p. 10.

<sup>41</sup> Tradução livre de “*There are historical writers who show that a considerable portion of the membership of the body that framed the Constitution are on record as having personally favored judicial review at one time or another, either before, during, or after the Convention. Finally, there are other historical writers who represents judicial review as the natural outgrowth of ideas that were common property in the period when the Constitution was established. Both these views I find to be in themselves correct enough, but with the result of disclosing some more fundamental problems.*” Em: CORWIN, Edward Samuel. *The Doctrine of Judicial Review*. Princeton University Press: Princeton. 1914. p. 2.

Gloriosa de 1688, findou-se por influenciar a tese contrária, da supremacia dos juízes nos Estados Unidos<sup>42</sup>. Tal fato, segundo Cappelletti, adviria da possível rejeição das colônias ao Parlamento inglês, uma vez que os atos do Parlamento, em momentos anteriores ao período da independência, teriam fomentado um sentimento de injustiça.

Corwin, por sua vez, não aponta especificamente a doutrina de Coke na decisão do *Bonham's case* de 1610 como antecedente influenciador do *judicial review*<sup>43</sup>, mas ressalta o papel notável que a Magna Carta possuiu na história do constitucionalismo norte-americano e atribui a Edward Coke somente o papel de ter revivido a tradição de deferência à Magna Carta.

Para Cappelletti,<sup>44</sup> Edward Coke teria desenvolvido uma tese segundo a qual, no *common law*, o direito não seria criado de maneira exclusiva pelo Soberano, mas consistiria em afirmações ou declarações decorrentes da vontade desse que poderiam apenas complementar o *common law*, mas que tais atos não poderiam jamais representar violação do *statutory law* ao *common law*. Haveria para Coke, segundo Cappelletti<sup>45-46</sup>, “supremacia do *common law* sobre a autoridade do Parlamento”, cuja função de dizer quando presente a incompatibilidade pertenceria aos juízes.

Adhemar Ferreira Maciel, aponta o *judicial review* como um dos marcos mais simbólicos do constitucionalismo norte-americano<sup>47</sup> e sua construção - mais precisamente a ideia de conformação hierárquica de normas - decorreria, para o autor, não só da doutrina de Coke, mas também da forte presença do direito natural na *práxis* do *common law* como desenvolvido nos Estados Unidos, que poderia, inclusive, ser observada na Constituição da Filadélfia.<sup>48</sup>

Adhemar Maciel sustenta uma tese de que outro fator contribuiria para a atuação destacada do Judiciário nas colônias da América do Norte: durante o período de colonização inglesa na América do Norte, os próprios colonos

---

<sup>42</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Op. Cit.* p. 58-63.

<sup>43</sup> CORWIN, Edward. The "Higher Law" Background of American Constitutional Law. 42 *Harvard Law Review*. v. XLII, n. 2, p. 149-185 dez. 1928.

<sup>44</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Op. Cit.* p. 58-62

<sup>45</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *ibidem*, 59.

<sup>46</sup> No mesmo sentido: MACIEL, Adhemar Ferreira, *O bill of rights americano: reflexos no Direito Constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey. 2016. p. 49.

<sup>47</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira, *ibidem*. p. 48

<sup>48</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira, *ibidem*. p. 46-47.

teriam levado a forma de organização do poder político havida na Inglaterra (*Tudor's England, 1485-1603*<sup>49</sup>) e o *common law* como parte de seus costumes, tendo tais práticas se perpetuado até períodos posteriores à declaração de independência norte-americana. Maciel aduz que durante o período de reinado dos *Tudors*, havia uma descentralização da administração, com a existência de *justices of the peace* e dos *constables*, de maneira que cada povoado possuía organização própria, relativamente desvinculada do poder da Coroa, o que muitas vezes resultava na expansão da atividade jurisdicional adentrando na competência tipicamente reservada ao Executivo e ao Legislativo.<sup>50</sup>

Na lição do autor, a Inglaterra diferenciava-se, assim, bastante da França em tal época, uma vez que na Inglaterra havia uma desconcentração das funções e seu exercício mesclado entre diversas instituições. Não era incomum, por exemplo, verificar tribunais dotados com funções além da tipicamente judicial. Contudo, ao final do reinado dos *Tudors*, a Inglaterra também passou a se caracterizar pela maior concentração de poder e diferenciação de funções, mas, como aponta o autor, o mesmo não se fizera presente nos Estados Unidos.<sup>51</sup>

Assim, para Adhemar Ferreira Maciel a adoção dos costumes da Era Tudor teria influenciado a formação da organização governamental no país em formação, assim como importantes características da Era foram incorporadas pelo *common law* nos Estados Unidos, entre os quais um papel de destaque para o Poder Judiciário, como explica o autor:

No século XV, os tribunais gozavam de autonomia, neutralidade, constituindo um *terceiro poder*, com competência para julgar questões constitucionais, como o direito do parlamento de revogar uma patente real.

Depois que os colonos vieram para a América, e com eles trouxeram seus costumes e o *common law* da época Tudor, a Inglaterra começou a mudar [...] Mas nos Estados Unidos, nessa mesma ocasião, o poder continuava tal como na época dos Tudors, repartido, porém com as funções misturadas entre diferentes instituições [...] Em razão da fusão das funções, os tribunais americanos, em comparação com as cortes inglesas de então, detinham um poder político peculiar ao legislativo. Na América, a mistura de funções

---

<sup>49</sup> A Casa Tudor teve seu início com a vitória do galês Henrique Tudor sobre Ricardo III, em 1485, e durou até 1603, quando Elizabeth I subiu ao trono.

<sup>50</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira, *Op. Cit.*, p. 53-56.

<sup>51</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira, *ibidem*, p. 53-56.

judiciais e políticas permaneceram. O poder do judiciário de declarar aquilo que a lei é converteu-se numa mistura judiciário-legislativo de poder dizer e ao legislativo aquilo que a lei não poderia ser.<sup>52</sup>

É essa herança cultural do período Tudor que, para o autor, justificaria o depósito de confiança na Suprema Corte após a sua criação e sua classificação como uma terceira câmara, atuante “ao lado das outras duas casas políticas (*House of Representatives* e *Senate*)”<sup>53</sup>. A história, contudo, como se infere a partir da leitura de artigos publicados em resposta à tese de constitucionalismo popular de Kramer, dá ênfase a outros fatores relevantes, como a aversão ao furor legislativo existente entre a independência americana e a ratificação da Constituição.

Com a Revolução Gloriosa de 1688, ocorreu o fim de uma longa disputa havida entre a Coroa e o Parlamento, e, como aponta Cappelletti, a tese de Coke cedeu lugar à doutrina da supremacia do Parlamento, passando este à condição de poder supremo, limitando sobremaneira o poder da coroa<sup>54</sup>. O *Bill of Rights* de 1689, um dos pilares do sistema constitucional do Reino Unido, consistiu em declaração de direitos produzida pelo Parlamento e ratificado pelos monarcas que ascenderam ao trono, garantindo a supremacia do Parlamento frente ao poder da Coroa e ao próprio Judiciário.

Cappelletti suscita também outro fator que teria inspirado o constitucionalismo americano, que seria referente à formação das colônias inglesas da América e o estabelecimento de Cartas outorgadas pela Coroa britânica que vinculavam a legislação e regulavam as estruturas jurídicas fundamentais das colônias. Possibilitava-se que as colônias inglesas editassem suas próprias leis, mas desde que fossem razoáveis e nunca contrárias às leis da Inglaterra e à vontade suprema do Parlamento inglês.<sup>55</sup>

Contudo, a versão de Cappelletti não é pacífica. Um dos principais críticos ao desenvolvimento do *judicial review* nos Estados Unidos, Kramer<sup>56</sup> aponta que as bases lançadas por Edward Coke no *Dr. Bonham's Case*

---

<sup>52</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira, *ibidem*, p. 55-56.

<sup>53</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira, *ibidem*, 2016. p. 56.

<sup>54</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Op. Cit.*, p. 59-60.

<sup>55</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *ibidem*, p. 59-63.

<sup>56</sup> KRAMER, Larry D. *Op. Cit.*

difícilmente poderiam ser utilizadas como uma forma de precursor do *judicial review*, não obstante reconheça toda a deferência comumente utilizada na doutrina norte-americana, que afirma que os colonos teriam lido e interpretado o precedente de Coke como um antecedente rústico do *judicial review*.

Segundo Kramer, há poucas bases para creditar à doutrina de Coke qualquer antecedente do *judicial review*. O autor defende que a interpretação de Coke se restringia a uma forma de interpretação dos *statutes* e como os juízes aplicariam tais hipóteses normativas quando fossem manifestamente contrárias ao senso comum ou impossíveis de serem concretizadas, não possuindo relação com hierarquia entre normas. Kramer é enfático em sustentar que a leitura dos demais trabalhos de Coke não aponta para qualquer ideia de controle de atos do parlamento, mas que haveria, na verdade, apenas uma diretiva de interpretação para casos absurdos<sup>57</sup>.

A criação do *judicial review*, para Kramer, teria fonte distante da lição de Edward Coke, ainda que se pudesse observar qualquer entendimento dos ensinamentos de Coke que apontasse à possibilidade do *judicial review*. A observação do autor é pertinente e diante da ausência de referência expressa sobre as lições de Edward Coke nos debates do processo constituinte que envolveram a criação do *judicial review* tal qual idealizado pelos federalistas, é impossível conjecturar com precisão a influência que a obra de Coke<sup>58</sup> teve para a criação do controle de constitucionalidade naquele país, pois não se percebe nos debates qualquer remissão à doutrina do magistrado inglês.

## 1.2 *MARBURY versus MADISON*, A (CRITICADA) DECISÃO (POLÍTICA) DA SUPREMA CORTE

A decisão da Suprema Corte, em 1803, foi proferida em meio a um período de turbulenta transição política nos Estados Unidos, após longos anos

---

<sup>57</sup> John Adams é um dos nomes comumente citados pela doutrina em razão de sua opinião sobre o *Writs of Assistance Case (Paxton v Gray)* de 1760, no qual segundo se depreende de cartas escritas por Adams, um dos querelantes teria argumentado que os atos do Parlamento contrários à constituição ou à equidade seriam nulos, existindo razão para o *Common Law* controlar atos do Parlamento. Kramer rebate tal tese, dizendo que a construção empregada poderia ser identificada simplesmente como um tipo de interpretação restritiva, e que os fatos narrados por Adams poderiam estar sendo romantizados, em: <sup>57</sup> KRAMER, Larry D. *ibidem*. Ebook

<sup>58</sup> KRAMER, Larry D. *ibidem*.

de domínio federalista na presidência, que se mantinha desde 1788, com George Washington, um dos *Founding Fathers* com grande participação na Revolução Americana e também na elaboração da Constituição. Com a saída de Washington, ocorreu a sucessão por John Adams<sup>59</sup>, que fora vice de George Washington, e se conservou o domínio do partido federalista nos primeiros anos pós-Constituição até a eleição de 1800, vencida por Thomas Jefferson, que criara o partido Democrata-Republicano e chegou à presidência da nação em 1801.

O processo de sucessão presidencial se deu em grande agitação com inicial rejeição do partido federalista em ceder o poder da presidência a Jefferson até o escalonamento de uma crise popular que quase ensejou confronto direto entre os cidadãos<sup>60</sup>. Cientes da derrota na disputa presidencial e diante da ascensão de um Thomas Jefferson idealista e contrário a muitos dos princípios do Partido Federalista que, além da perda do Executivo, sofrera com a perda da maioria no Congresso, os membros do partido federalista ocupantes do Congresso desenvolveram um verdadeiro temor de que Jefferson, em razão de possíveis reformas dos republicanos, colocasse em risco a obra e os ideais dos federalistas, focados na união das antigas colônias<sup>61</sup>.

Em tal contexto, ao final do governo de John Adams, o Congresso promulgou o *Judiciary Act of 1801*, permitindo que Adams, por meio da aprovação do Senado, nomeasse mais de quarenta juízes, entre os quais membros integrantes do Partido Federalista. O tempo era escasso para a nomeação de todos os juízes, faltavam apenas duas semanas para o final do mandato, tornando a tarefa de nomeação e oficialização dos atos um trabalho de complicada execução<sup>62</sup>, haja vista o trabalho eminentemente manual de apor estampas e redigir os atos.

---

<sup>59</sup> É curioso salientar que foi o presidente John Adams quem indicou John Marshal para *Chief Justice of the United States*, tendo anteriormente ocupado o cargo de Secretário de Estado no governo de John Adams e sido sucedido pelo próprio James Madison, contra quem foi impetrado o *writ of mandamus* para efetivar a nomeação de William Marbury.

<sup>60</sup> ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the founding fathers: Jefferson, Marshal and the rise of presidential democracy*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

<sup>61</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira, *Op. Cit.*, p. 67-84.

<sup>62</sup> TURNER, Kathryn. *The midnight judges*: University of Pennsylvania Law Review. 1961. p. 494-523. v. 109.

Vários desses juizes foram nomeados antes do final do mandato, porém o então Secretário de Estado (John Marshall) não conseguiu finalizar a documentação de todos os nomeados antes do fim do mandato federalista, faltando a concessão do título, que dependeria de ato do Secretário de Estado sucessor, que no mandato de Jefferson viria a ser Madison. Segundo Adhemar Maciel<sup>63</sup>, o futuro *Chief Justice* não conseguiu apor o *Great Seal of the United States* a tempo, apesar de ter supostamente passado toda sua última noite no trabalho de providenciar as nomeações. Devido à forma como houve a nomeação dos novos juizes, passaram a apelidar aqueles nomeados de “*midnight judges*”, os juizes da meia-noite. Tais nomeações foram vistas pelos republicanos como verdadeira retaliação pela derrota no processo democrático<sup>64</sup>, tendo reagido com a criação do *Judiciary Act of 1802*, no qual se intentava corrigir o ato do partido Federalista.<sup>65</sup>

Assim, um dos juizes designados por Adams, mas desprovido de título de nomeação em razão da interrupção das atividades do anterior Secretário John Marshall, impetrou o *writ of mandamus* perante a Suprema Corte, na expectativa de compelir o novo Secretário de Estado (Madison) a lhe conceder o título para poder exercer a função no Judiciário, que se recusara a nomear os juizes da meia-noite. Assim, o caso *Marbury versus Madison* era, no fundo, fruto de uma disputa entre federalistas e republicanos na briga pela manutenção de parcela do poder, uma vez que, como exposto, pretendiam conservar a força do partido arregimentando parcela do Judiciário.

Em tal contexto turbulento, de extrema insatisfação dos congressistas republicanos, que agora eram maioria no congresso, e uma Suprema Corte totalmente preenchida por federalistas, John Marshall se deparava diante do dever de julgar o processo de William Marbury que intentava compelir judicialmente um secretário do novo governo republicano a lhe nomear, pois os republicanos tentavam evitar qualquer aumento de poder dos federalistas. O contexto político da época era agitado e a decisão de John Marshall, segundo Adhemar Maciel<sup>66</sup>, poderia acarretar em um processo de *impeachment* que

---

<sup>63</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira, *Op. Cit.*, p. 74

<sup>64</sup> TURNER, Kathryn. *Op. Cit.*, p. 494-523.

<sup>65</sup> BICKEL, Alexander M. *Op. Cit.*, p. 2-4.

<sup>66</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira, *Op. Cit.*, p. 74-78

abalaria toda a Suprema Corte e implicaria na diminuição do poder do Judiciário frente ao Executivo<sup>67</sup>.

A decisão de John Marshall foi, pois, influenciada pelo contexto<sup>68</sup>. O então *Chief Justice* certamente possuía interesse em conservar o poder do Partido Federalista no Judiciário, mas, por outro lado, sabia que não seria interessante enfrentar a consolidada situação do Partido Republicano que se instalara com ampla maioria no Congresso e contava com um presidente eleito com alta aprovação popular. A construção da decisão do *Justice* foi uma saída procedimental e deixou de dar uma solução de mérito à questão da posse de William Marbury, apesar de ter abordado, por meio *obiter dictum*, a possível solução ao mérito da questão debatida em juízo.

O remédio proposto por Marbury perante a Suprema Corte estava previsto na seção 13 da Lei Orgânica da Magistratura, o *Judiciary Act* de 24 de setembro de 1789, que atribuía competência à Suprema Corte para julgar os *writs of mandamus*. A decisão de Marshall definia que tal atribuição de competência feita pelo Congresso por meio de lei seria inconstitucional, uma vez que somente a Constituição poderia atribuir competência à Suprema Corte.

Assim, Marshall evitava o risco de iniciar uma grave celeuma entre a Suprema Corte e o Poder Executivo, fortemente apoiado pelos republicanos no Congresso, ao mesmo tempo que instituía, de maneira quase que definitiva, a possibilidade de o Judiciário controlar os atos dos demais poderes quando diante de inconstitucionalidade.<sup>69</sup>

A decisão de John Marshall proferida no emblemático caso *Marbury versus Madison* consistiu na primeira manifestação da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o *judicial review*, mas tal entendimento acerca da possibilidade de controle dos atos do Executivo e do Legislativo incontestavelmente não surgiu desprovida de antecedentes. Como foi dito, nos

---

<sup>67</sup> Lee Epstein se refere ao episódio como uma disputa entre Thomas Jefferson e John Marshall, que poderia resultar no *impeachment* de toda a suprema corte e resultar em seu enfraquecimento. In: EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. On the Struggle for Judicial Supremacy. *Law & Society Review*, v. 30, n. 1, p. 87-120, 1996. p. 88.

<sup>68</sup> Neste sentido: CORWIN, Edward. *The "Higher Law"...* *Op. Cit.* E também destacando a estratégia politizada de Marshall: BRANDÃO, Rodrigo. *Op. Cit.*, p. 37-52.

<sup>69</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira, *Op. Cit.*, p. 74-80

próprios escritos de Hamilton<sup>70</sup> já havia a teorização sobre uma espécie de atribuição de controle de constitucionalidade ao Judiciário, resguardando tal poder ao Judiciário, pois esse seria “sem questão alguma o mais fraco dos três (poderes)”.<sup>71-72</sup>

A preocupação de Hamilton fundava-se também na necessidade de manter a recém-formada federação entre as antigas colônias britânicas da América do Norte unidas, visando evitar que os atos de legislaturas estaduais contrariassem e afrontassem a Constituição, impedindo o fortalecimento dos Estados Unidos. Havia, portanto, uma preocupação política, além da estruturação legal do princípio, com claro interesse de manter a Constituição enquanto pacto de união havido entre as antigas colônias.

Apesar da ampla repercussão que o caso teve e a influência em inúmeras constituições posteriores, a decisão da Suprema Corte em tal caso é objeto de muitas críticas, e, poucas décadas depois, criara-se uma preocupação com a possibilidade de se desenvolver uma tirania de juízes<sup>73</sup>, inclusive temido pelo próprio Jefferson, como explicita Edward H. Levi<sup>74</sup>. Depois do julgado em 1803, a Suprema Corte só voltou a pronunciar a inconstitucionalidade de lei no julgamento do caso *Dred Scott v. Sandford*, em 1857<sup>75</sup>, um dos episódios mais criticados na história da Suprema Corte.

### 1.3 OS ANTECEDENTES DO *JUDICIAL REVIEW* NOS ESTADOS UNIDOS. AS DELIBERAÇÕES DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

O debate existente na academia dos Estados Unidos sobre a legitimidade da criação do controle de constitucionalidade é bastante desenvolvido, sendo tarefa praticamente impossível tentar alcançar e demonstrar a complexidade de todos os pontos de vista envolvidos,

---

<sup>70</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; e JAY, John. *Op. Cit.*, p. 458.

<sup>71</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; e JAY, John. *O federalista. Ibidem.* p. 458

<sup>72</sup> Como será abordado adiante, o capítulo 78 de “O Federalista” contém trechos que tornam indiscutível a defesa de Hamilton a um controle de constitucionalidade por parte do Judiciário, fundado tal controle na necessidade de conservar a suprallegalidade e rigidez de qualquer constituição. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; e JAY, John. *ibidem.* 2003.

<sup>73</sup> FRIEDMAN, Barry, *Op. cit.*, 1998.

<sup>74</sup> LEVI, Edward H. *Some Aspects of Separation of Powers. Columbia Law Review*, Nova York, v. 76, n. 3, p. 371-391, abr. 1976.

<sup>75</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira, *Op. Cit.*

reservando-se esse tópico a tentar expor a controvérsia existente acerca da legitimação do *judicial review* a partir da ótica dos constituintes<sup>76</sup>. Pretende-se, no presente tópico, elucidar dois pontos de vista diferentes que sustentam que os *framers* teriam ou não criado o *judicial review* e se teriam conscientemente o inserido na Constituição.

Durante o processo constituinte, o tópico do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário foi debatido várias vezes, tanto nas convenções estaduais como no processo de ratificação. No tópico anterior foi sublinhado que não é possível se obter conclusão sobre o controle de constitucionalidade a partir da simples leitura do texto constitucional. No entanto, ocorre que, para alguns teóricos, o *judicial review* poderia ser considerado tão evidente e inevitável para os *framers* que não necessitaria sequer ser expressamente previsto no texto<sup>77-78</sup>, haja vista a tamanha relevância dos debates que versaram sobre tal ponto no processo constituinte, além da importância dos defensores de tal tese.<sup>79</sup>

As colônias fundadas pelos ingleses na América do Norte sofreram grandes influências da Inglaterra. A forma de organização política das colônias teria sido erigida em conformidade com as Cartas<sup>80</sup> outorgadas pela Inglaterra, que permitiam que algumas das colônias da América do Norte tivessem a

---

<sup>76</sup> Desde o século XIX já se produziam trabalhos acerca da legitimidade do *judicial review*, como THAYER, James Bradley. *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*. Boston: Little, Brown, and company. 1893. Disponível em:

<http://lcweb2.loc.gov/service/gdc/scd0001/2007/20078131004or/20078131004or.pdf> Acessado em: 14 out. 2015; STREET, Robert G. How Far Questions of Policy May Enter into Judicial Decisions, *Reports of the American Bar Association*, v. 179, p. 185-86, 1883.

<sup>77</sup> PRAKASH, Saikrishna B., Yoo, John C. The Origins of Judicial Review. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 70, p. 887-982, 2003. .

<sup>78</sup> BILDER, Mary Sarah. *The Corporate origins of judicial review*. New Haven: The Yale Law Journal, New Haven, v. 116, p. 502-566, 2006. p. 507-508

<sup>79</sup> Apesar de crítico ao *judicial review*, negando a intenção dos *framers* de inserir o *judicial review* na constituição, Kramer aponta que houve sim deliberações nas convenções constituintes que se reportavam ao controle judicial de constitucionalidade, mas sem ter ocorrido, de fato, discussão aprofundada, uma vez que não haveria grandes preocupações com o tema além de ter uma finalidade distinta da utilizada por John Marshal, como apontado mais à frente. In: KRAMER, Larry D. *The people themselves... Op. Cit.*

<sup>80</sup> Tamanha a relevância de tais documentos, que algumas colônias, logo após a revolução, acreditaram já ter um documento apto a governar o estado e assumiram as cartas como suas constituições, é o caso de Rhode Island e Connecticut. Kramer desenvolve a tese segundo a qual os colonos Americanos teriam, assim como os britânicos, desenvolvido uma constituição não escrita, tendo as cartas papéis importantes, mas que não limitavam todos os direitos constitucionais dos colonos, que certamente teriam sofrido acréscimo ao longo dos anos de colonização, em: KRAMER, Larry D. *The people themselves... Op. Cit.*

faculdade de estabelecer regras próprias, concedendo até, em alguns casos, relevantes liberdades políticas para os colonos. Também, o Direito, e toda a prática forense, foi fortemente influenciado pela teoria inglesa, como ressalta Adhemar Ferreira Maciel<sup>81-82</sup>.

A partir da análise do texto constitucional americano, torna-se difícil sustentar que os constituintes norte-americanos não teriam consciência da necessidade de conservar o texto constitucional de maiorias transitórias. A imutabilidade relativa da constituição fora expressamente estabelecida com um procedimento de emenda severo, que retrata a preocupação com a manutenção da ordem constitucional, mas também, ao mesmo tempo, a confiança de poder adaptar e melhorar a constituição, conforme as demandas da sociedade se fizessem presentes em momento futuro<sup>83</sup>. Os americanos criaram uma Constituição dotada de imutabilidade relativa e, conseqüentemente, a ela também atribuíram um *status* de supralegalidade, pois entendiam a Constituição como expressão máxima da soberania popular<sup>84</sup>.

Em tal panorama, é preciso situar que a criação de uma nova Constituição, desta vez escrita e repleta de garantias agora exigíveis de serem observadas pelo Estado, representava autêntica novidade para os colonos da América do Norte. A Constituição americana foi uma das primeiras do tipo escrita do mundo, promulgada em um país que também acabara de declarar sua independência e estabelecia o funcionamento de um governo central. Pela primeira vez, os colonos inauguravam uma constituição e precisavam, ao mesmo tempo, operacionalizar o Estado e União recém-criados, em

---

<sup>81</sup>MACIEL, Adhemar Ferreira. *Op. Cit.*

<sup>82</sup> É preciso, contudo, ressaltar que o exercício do poder jurisdicional no período colonial não inspirava total confiança, a América colonial comumente associava os juízes como autênticas extensões da coroa, sem independência da Inglaterra, gerando desconfiança. In: WOOD, Gordon S. The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less. *Washington and Lee Law Review*, Washington v. 56, Iss. 3, p. 786-809, 1999. p. 789-790.

<sup>83</sup> A Constituição dos Estados Unidos da América foi submetida a 27 emendas em seus mais de 200 anos de vigência, das quais as 10 primeiras são conhecidas como o *bill of rights*, tratando de temas de liberdades individuais e direitos políticos, foram aprovadas subsequentemente à Constituição. O processo de emenda constitucional é deveras rígido, sendo necessário quórum de dois terços dos membros das duas casas, sendo ainda necessário a ratificação de três quartos das Assembleias Legislativas dos estados. Cf. art. 5º da Constituição norte-americana.

<sup>84</sup> HAMILTON, Alexander; JAY, John e MADISON, James. *Op. Cit.*

conformidade com as regras ali estabelecidas, tendo, certamente, no período logo após a vigência daquela, surgido também muitas incertezas sobre como administrar a então fundada república constitucional. É interessante a passagem de Kramer que contextualiza o problema:

As novas Constituições (estaduais) continham numerosas inovações-instituições e ideias cuja própria novidade deixavam sua efetivação incerta. Em algumas áreas, como as relações entre estados e governo federal, os Americanos perceberam que estavam em águas desconhecidas. Em outras, como separação de poderes, eles não descobriram o quão pouco sabiam até o ponto no qual tentaram implementar o que eles haviam escrito.<sup>85</sup>

Essa novidade, segundo Gordon S. Wood<sup>86-87</sup>, professor de história da Universidade Brown, culminou em um grave problema na implantação da separação de poderes nas antigas colônias. Com a rejeição à coroa britânica, os estados iniciaram o processo de independência com uma enorme e instável atividade legislativa, de maneira que a intentada reforma legislativa prevista pelos fundadores da nação ocorria tortamente, como retrata o supracitado autor:

Não apenas as leis proliferavam em números sempre crescentes, mas vários dos estatutos também eram deficientemente redigidos e repletos de imprecisões e inconsistências. A multiplicidade, mutabilidade e injustiças de toda a legislação significava que a discricionariedade judicial, longe de diminuir, tornou-se mais prevalente do que tinha sido antes da Revolução na medida em que os juízes tentaram fazer o caos legislativo fazer sentido.<sup>88</sup>

A frenética atividade legislativa desencadeada após a declaração de independência contrariava as ideias de Jefferson e Madison<sup>89</sup>. A confusão

---

<sup>85</sup> Tradução livre de: *Lastly, as already noted, the new constitutions contained numerous innovations—institutions and ideas whose very novelty left their operation uncertain. In some instances, such as relations between the state and federal governments, Americans knew they were in uncharted waters. In others, such as separation of powers, they did not discover how little they understood until they attempted to implement what they had written.* Em: KRAMER, Larry D. *The people themselves... Op. Cit.*

<sup>86</sup> WOOD, Gordon S. *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less. Washington and Lee Law Review*, Washington, v. 56, Iss. 3, p. 786-809; p. 790, 1999.p. 790.

<sup>87</sup> No mesmo sentido: LEVI, Edward H. *Op. Cit.*, p. 371-391.

<sup>88</sup> Tradução livre de: *Not only did the laws proliferate in ever increasing numbers, but also many of the new statutes were poorly drafted and filled with inaccuracies and inconsistencies. The multiplicity, mutability, and injustices of all this legislation meant that judicial discretion, far from diminishing, became more prevalent than it had been before the Revolution as judges tried to make sense of the legal chaos.* In: WOOD, Gordon S. *ibidem.* p. 786-809; p. 791.

<sup>89</sup> HAMILTON, Alexander; JAY, John e MADISON, James. *Op. Cit.*, p. 59-67.

decorrente do grande número de estatutos imprecisos e a incapacidade da população – anteriormente acostumada com um Estado pouco burocrático - de absorver a complexidade da legislação recém-criada iniciou um processo de declínio na confiança da população no Poder Legislativo e da respectiva ideia da própria representação democrática e necessidade de deferência à suprallegalidade da Constituição.<sup>90</sup> Assim, o período entre a independência americana e a ratificação da Constituição foi um período no qual as assembleias estaduais atuaram desordenadamente, diminuindo a credibilidade do Legislativo.

Instaurado um processo de diminuição da credibilidade do Poder Legislativo, Wood aponta que a sociedade começou a sofrer uma transformação, iniciando um processo de crescente depósito da confiança no Poder Judiciário<sup>91</sup>, anteriormente execrado pelo vínculo com a Coroa. Nesse contexto, entre a década de 1780 e 1790, a prática do *Judicial Review* começou a ser mais compreendida e aceita pelos americanos, que, segundo a compreensão de alguns autores<sup>92</sup>, já possuíam a noção de que a real soberania era um atributo pertencente ao próprio povo e expressa na Constituição, não podendo ser confrontado pelos poderes constituídos.<sup>93</sup>

Os fundadores já vislumbrariam, assim, durante o processo constituinte, a possibilidade do *judicial review* como meio de conferir equilíbrio aos Poderes, havendo, no entanto, até a presente data, discussões doutrinárias sobre a forma de controle que fora idealizada durante o processo constituinte, sobretudo quanto ao seu limite e objeto. Alguns autores sustentam que o controle previsto na Constituição se referia unicamente à possibilidade de

---

<sup>90</sup> WOOD, Gordon S. *Op. Cit.*, p. 786-809; e p. 791-793, 1999.. No mesmo sentido: RAKOVE, Jack N. *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts. Stanford Law Review*, Stanford, v. 49, n. 5, p. 1031-1064, 1997.

<sup>91</sup> WOOD, Gordon S. *Op. Cit.*, p. 786-809; p. 791-793, 1999. No mesmo sentido: RAKOVE, Jack N. *Op. Cit.*, p. 1031-1064, 1997.

<sup>92</sup> WOOD, Gordon S. *Op. Cit.*, p. 786-809; p. 793, 1999; p. 793; KRAMER, Larry D. *The people Themselves... Op. Cit.*; CORWIN, Edward Samuel. *Op. Cit.*; HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Op. Cit.*

<sup>93</sup> WOOD, Gordon S. *Op. Cit.*, p. 786-809, 1999. 791-793. Segundo o autor: "*This was the beginning of a massive rethinking that eventually transformed the position of the judiciary in American life. From the much scorned and insignificant appendages of crown authority, Americans turned judges into one of "the three capital powers of Government."*

controle de leis estaduais, com vistas a impedir a fragmentação da recém-criada União.

### 1.3.1 *Da impossibilidade do controle de constitucionalidade*

Kramer, criticando a adoção do *judicial review*, desenvolve a tese de que no processo constituinte dos Estados Unidos teria sido fundado um autêntico constitucionalismo popular, no qual houvera uma ideia dos constituintes de que a população teria participação ativa no desenvolvimento do sentido da Constituição, sendo o povo a figura apta a determinar, de maneira definitiva, o seu sentido. Assim, expõe o autor que:

(as cortes deveriam) ver-se em relação ao público um pouco como juizes de primeira instância agora se veem em relação ao Tribunal: responsável por interpretar a Constituição de acordo com o seu melhor julgamento, mas com a percepção de que existe uma autoridade superior lá fora com poder para derrubar suas decisões - uma autoridade real, também; não algumas "pessoas" abstratas que falaram uma vez, duzentos anos atrás, e então desapareceram<sup>94</sup>

A tese de Kramer é a de que o sentido da Constituição não podia ser definido exclusivamente pelo Judiciário. Haveria, pois, uma antítese entre constitucionalismo popular e supremacia judicial<sup>95</sup>, defendendo ainda que o constitucionalismo popular teria prevalecido durante a maior parte da história americana e que o *judicial review* seria um expediente das parcelas aristocráticas passível de prejudicar o desenvolvimento democrático. A Constituição, na visão de Kramer, teria disseminado um empoderamento da soberania popular, algo que os americanos já reivindicariam quase que culturalmente ainda antes da Constituição. Segundo o autor, o povo americano acreditava que, com a Constituição escrita, teria mais poderes de controle

---

<sup>94</sup> Tradução livre de: "see themselves in relation to the public somewhat as lower court judges now see themselves in relation to the Court: responsible for interpreting the Constitution according to their best judgment, but with an awareness that there is a higher authority out there with power to overturn their decisions-an actual authority, too, not some abstract 'people' who spoke once, two hundred years ago, and then disappeared". In: KRAMER, Larry D. *The people themselves...* *Op. Cit.*

<sup>95</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy. *California Law Review*, Berkeley, v. 92, N. 4, p. 1027-1043; jul., 2004. p. 1027-1028.

sobre o sentido e aplicação da sua lei fundamental, diferentemente de constituições fundadas em costume, que permitiria maior conservadorismo.<sup>96</sup>

O supracitado autor sustenta que, sendo o controle de constitucionalidade algo tão novo e controverso, à época, na América do Norte, seria equivocado presumir que poderia ser incluído implicitamente como parte da Constituição, isto é, sem que houvesse clara e expressa menção em seu texto sobre tal possibilidade, pois a inclusão do *judicial review* alterava sensivelmente a relação entre Poderes<sup>97</sup>. Assim, o autor se encaixa entre um dos críticos do *judicial review*, para o qual tal controle não poderia ser sequer permitido nos moldes exercidos pela Suprema Corte diante da ausência de autorização explícita sobre o controle da legislação federal.

A tese de John Marshal em *Marbury versus Madison* estaria, pois, segundo o referido autor, completamente desprovida de fundamentação no texto constitucional. Segundo a tese do constitucionalismo popular de Kramer, o povo, no exercício de sua soberania e autoridade, deveria agir contra atos inconstitucionais do Congresso e não o Judiciário.<sup>98</sup>

A referida tese não desconhece os debates ocorridos entre os constituintes, mas afirma que as suas deliberações sobre o *judicial review* não constituíam tópico efetivamente relevante nas discussões dos *framers*, reconhecendo que considerável número defendia a possibilidade do *judicial review* e apenas uma minoria não se mostrou a favor, enquanto a maioria sequer teria gastado tempo com o assunto.<sup>99-100</sup>

Ademais, Kramer assevera que o *judicial review*, se entendido como decorrente da cláusula de supremacia do artigo 6º e tal qual como discutido nas convenções, seria uma espécie de medida aplicada somente em favor da União, e serviria como forma de controle da legislação estadual em face da Constituição, evitando que a lei estadual afrontasse a autoridade federal, de modo a impedir a fragmentação dessa última. Alexander Bickel, em suas

---

<sup>96</sup> KRAMER, Larry D. *The people themselves... Op. Cit.*

<sup>97</sup> Esse entendimento parece ser o mesmo exposto em um dos trabalhos mais marcantes sobre a dificuldade contramajoritária nos Estados Unidos, cf. BICKEL, Alexander M. *Op. Cit.*, p. 2-14.

<sup>98</sup> KRAMER, Larry D. Foreword: We the Court... *Op. Cit.*

<sup>99</sup> KRAMER, Larry D. *The people themselves... Op. Cit.*

<sup>100</sup> Tal opinião de Kramer é totalmente contrária à pesquisa feita por PRAKASH, Saikrishna B.; YOO, John C. The Origins of Judicial Review. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 70, p. 887-982, 2003.

críticas à decisão de Marshall, também suscita que os artigos 3º e 6º da Constituição Americana atribuiria competência para a Suprema Corte julgar legislação estadual contrária à Constituição, não sendo possível extrair do texto constitucional qualquer autorização expressa para o controle de constitucionalidade tal qual empregado por John Marshal.

De fato, um capítulo específico do processo constituinte norte-americano pode conferir verossimilhança às alegações de Kramer e Bickel: a preocupação dos *framers* com possíveis violações da federação a partir de legislações estaduais contrárias ao interesse da federação foi, durante as convenções constitucionais, objeto de proposta por Madison de um *legislative negative*, que permitiria ao Congresso dos Estados Unidos estabelecer o veto sobre qualquer legislação dos estados que contrariassem a Constituição. Tal fato poderia reforçar a tese de que o controle de constitucionalidade não se prestaria ao controle de legislação federal, uma vez que o Legislativo seria expressão de um poder constituído, e mais legítimo que o Judiciário em razão da representatividade.

Repelido por Roger Sherman que, segundo Kramer, foi o primeiro a sugerir a desnecessidade da medida proposta por Madison, com base na função exercida pelas Cortes dos Estados, de deixar de aplicar leis contrárias à autoridade da União, a preocupação de Madison teria persistido em razão de que o controle posterior, por parte do Judiciário, poderia permitir que danos fossem causados antes do efetivo controle. Ademais, o Judiciário Estadual também não poderia ser depositário da confiança em razão da sua vinculação e proximidade da autoridade dos estados, segundo Madison.<sup>101-102</sup>

Ocorre que, justamente em razão da rejeição à proposta do legislador negativo de Madison, é que teria ocorrido a inserção da cláusula da supremacia prevista no do artigo 6º, um dos principais fundamentos de John Marshal, e, como observado, tal artigo limitaria o controle de atos legislativos

---

<sup>101</sup> KRAMER, Larry D. *The people themselves...* *Op. Cit.*

<sup>102</sup> RAKOVE, Jack N. The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts. *Stanford Law Review*, v. 49, n. 5, p. 1031-1064, 1997: O autor é enfático em apontar que o *judicial review* teria surgido decorrente de uma preocupação com o federalismo e impedir que a União se fragmentasse em razão de governos estaduais não sujeitos a sanções pela União. Mas aponta que Madison, mesmo vislumbrando o veto congressional, defendia um Judiciário capaz de aplicar as leis da União em detrimento das leis estaduais, como forma de manter o pacto federativo.

estaduais contrários à Constituição dos Estados Unidos. Desse modo, quaisquer cortes estaduais estariam obrigadas a considerar as leis federais como supremas em relação às estaduais, com vistas a impedir o esfacelamento dos atos de autoridade emanados pela União. Kramer conclui que:

Nenhuma decisão semelhante foi tomada para endossar o *judicial review* da legislação federal. Para alguns dos participantes, pode ter sido o caso de que nenhuma decisão seria efetivamente necessária. Como já vimos, alguns dos delegados acreditavam que os tribunais deveriam exercer o controle de constitucionalidade, presumivelmente por razões como as oferecidas por Iredell, e também poderiam ter assumido que os tribunais de fato o fariam. No entanto, independentemente da opinião de alguém sobre o ponto anterior, mesmo o proponente mais otimista de um controle judicial provavelmente teria reconhecido o status incerto da prática. É por isso que fazia sentido incluir a Cláusula de Supremacia como forma de garantir a revisão judicial das leis estaduais. Nenhuma proposta semelhante foi feita, ou mesmo sugerida, quando se tratou de revisão da legislação federal, falha que se apresentava ainda mais impressionante pelo fato de que a Cláusula de Supremacia havia sido adicionada.<sup>103</sup>

Apesar da crítica de Kramer, a prática do *judicial review* se iniciara na América ainda antes do julgamento da Suprema Corte de 1803. É possível apontar, logo após a ratificação da constituição, precedentes de cortes estaduais nos quais foram formulados argumentos para o uso do controle de constitucionalidade, bem como decisão declarando nula lei estadual contrária à respectiva constituição estadual.

Julgados como *Holmes versus Walton*, em Nova Jersey, 1780, *Bayard versus Singleton*, na Carolina do Norte, e *Commonwealth versus Caton*,

---

<sup>103</sup> Para Kramer, diferentemente da decisão da Corte de John Marshal, o Artigo 6º não autorizaria o controle de legislação federal. Tradução livre de: *No similar decision was made to endorse judicial review of federal legislation. For some participants, it may have been the case that no decision was necessary. As we have seen, a few of the delegates believed that courts should exercise review, presumably for reasons like those offered by Iredell, 18 and they could also have assumed that courts would in fact do so. Yet whatever one's views on the former point, even the most sanguine proponent of a judicial check presumably would have recognized the uncertain status of the practice. This is why it made sense to include the Supremacy Clause as a way to ensure judicial review of state laws. No similar proposal was made, or even suggested, when it came to review of federal legislation, a failure made all the more striking by the fact that the Supremacy Clause had been added.* Em: KRAMER, Larry D. *The people themselves... Op. Cit.*

julgado pela Corte de Apelações da Virgínia, em 1782<sup>104</sup>, ilustram que o *judicial review* era prática que vinha, pelo menos, sendo ventilada nos tribunais americanos.

O *Case Commonwealth versus Caton*, conhecido como o Caso dos Prisioneiros, revela alguns dos pensamentos sobre *judicial review* imediatamente após o período de ratificação da Constituição. Segundo o artigo de William Michael Treanor sobre o caso, é possível observar, a partir da argumentação de dois eminentes *amici curiae* - um dos quais seria posteriormente responsável por um dos mais notórios comentários/revisão da obra de William Blackstone nos Estados Unidos (George Tucker) - que ambos defendiam a supremacia da Constituição, demonstrando, segundo o citado autor, como os *framers* acreditavam que as cortes deviam interpretar e aplicar a Constituição quando diante de lei contrária a esta<sup>105-106</sup>.

Segundo o autor, tal caso seria um dos mais significantes da época, tendo tamanha repercussão, a ponto de um grupo de legisladores, como resposta ao receio da possibilidade de o Judiciário declarar nula uma lei, formular um projeto para criação de um comitê legislativo-judicial para determinar se a corte poderia julgar leis inconstitucionais e melhor definir os poderes daqueles dois. Um receio do Legislativo para com a atribuição de tal poder ao Judiciário já podia ser vislumbrada de alguma forma à época<sup>107</sup>. O caso supostamente teria sido de grande conhecimento dos *framers*, uma vez que o próprio James Madison teria se correspondido amplamente com o juiz que presidia o caso e também com o advogado geral da Virgínia atuante no caso.

Segundo Corwin<sup>108</sup>, no caso *Kemper versus Hawkins*, de 1796, a corte de apelação da Virgínia declarou nula a lei que representava conflito entre o

---

<sup>104</sup> Realizando um apanhado do julgamento com comentários e contextualização: TREANOR, William Michael. *The Case of the prisoners and the origins of judicial review*. *University of Pennsylvania Law Review*, Filadélfia, v. 143, p. 491-5, 1994.

<sup>105</sup> : TREANOR, William Michael. *Op. Cit.*, p. 491-5, 1994.

<sup>106</sup> Segundo Treanor, presente àquele julgamento estaria ninguém menos do que o próprio John Marshall, à época um jovem advogado e que o fato de a Virgínia, berço de Marshall, fora um dos primeiros estados a consolidar o *judicial review*, poderia ter criado uma propensão à aceitação do instituto. : TREANOR, William Michael. *ibidem*. 143, p. 491-5; p. 497, 1994, p. 497.

<sup>107</sup> : TREANOR, William Michael. *ibidem*, p. 491-5; p. 504, 1994.

<sup>108</sup> CORWIN, Edward Samuel. *The Doctrine of Judicial Review... Op. Cit.*, p. 50-54.

texto e o espírito da Constituição da Virgínia, que era descrita, no caso, como ordenança emanada das próprias pessoas e, portanto, superior a qualquer lei ordinária, que seria fruto de deliberação dos representantes<sup>109</sup>.

A posição dos críticos do *judicial review* é controvertida, de modo que, para alguns autores, a oposição aos fundamentos históricos e legais do *judicial review* é episódica e, como tenta demonstrar Barry Friedman<sup>110</sup>, muitas vezes fruto de reações contingentes a posicionamentos específicos da Suprema Corte que ensejam as críticas em razão da grande influência que as decisões daquela Corte podem exercer na vida do cidadão norte-americano, de maneira que haveria a pretensão de alguns grupos de pressão de deslegitimar a atuação da corte.

Assim, no escopo de deslegitimar o instituto, as críticas persistentes referem-se à ausência de previsão constitucional para o exercício do *judicial review*. A falta de legitimidade democrática da Suprema Corte para contrariar as deliberações democráticas dos demais Poderes - que estariam sujeitos diretamente ao controle popular através das eleições - seria apenas mais uma faceta do problema.

Corwin, assim como Kramer, Bickel e Mary Sarah Bilder<sup>111</sup>, afirma que não houve qualquer positivação do *judicial review* na Constituição americana. O autor, no entanto, diferentemente de Kramer, reconhece que as convenções constituintes tiveram grande inclinação a favorecer a adoção do *judicial review*, assim como que tal controle seria uma criação natural decorrente das ideias que floresciam durante o período da constitucionalização, a ponto de afirmar que os constituintes, indubitavelmente, conceberam a constituição possuidora, entre seus princípios gerais, da possibilidade de que as cortes controlassem os atos do Congresso.<sup>112</sup>

### 1.3.2 As Convenções constituintes e a possibilidade do *judicial review*

---

<sup>109</sup>CORWIN, Edward Samuel. *The Doctrine of Judicial Review...* Op. Cit., p. 52.

<sup>110</sup>FRIEDMAN, Barry. Op. Cit.

<sup>111</sup>BILDER, Mary Sarah. *The Corporate origins of judicial review*. New Haven: The Yale Law Journal, 116, pp. 502-566, 2006. p. 564-566. Em seu artigo, a autora reconhece que houve discussões, mas que não é possível afirmar que houve a positivação do *judicial review*, tampouco se pode dizer que repudiavam a ideia.

<sup>112</sup>CORWIN, Edward Samuel. *The Doctrine of Judicial Review...* Op. Cit., p. 9-10.

No ano de 2003, duzentos anos após a decisão de John Marshall, Saikrishna B. Prakash e John C. Yoo<sup>113</sup> publicaram um artigo no qual confrontam diretamente a tese de que houvera ausência de grande deliberação voltada à adoção do *judicial review* de Kramer. Os autores desafiam diretamente a ideia de que os artigos 2º e 6º não se reportariam ao controle de constitucionalidade e utilizaram fontes como jornais da época, comunicações entre os *framers* e, principalmente, os registros escritos das convenções constituintes para fundamentar o posicionamento.

A adoção de uma Constituição escrita que também continha uma previsão expressa de como se proceder às emendas para alterar o texto daquela, seria um fator que indicaria que já no século XVIII os constituintes norte-americanos entendiam uma distinção entre Poder Constituinte e Poderes Constituídos, que atuavam como autoridades delegadas, não podendo contrariar aquele poder, sob pena de ter seus atos declarados nulos<sup>114</sup>. Tal entendimento é claro nos trabalhos dos Federalistas que influenciaram o processo de ratificação da Constituição.

A estruturação de uma constituição escrita, nos moldes acima concebidos, em conjunto com a separação de poderes que deve ser entendida como estabelecendo uma obrigação para cada um deles exercerem suas competências para interpretar e aplicar a constituição nos limites de suas atribuições. Isso implicaria que o Judiciário teria a função de interpretar a constituição e deixar de aplicar as leis que violassem aquela<sup>115</sup>.

De pronto, cumpre ressaltar um aparente equívoco na pressuposição que forma a concepção dos autores. Por certo, o controle de constitucionalidade, como leciona Ivo Dantas<sup>116</sup>, apoia-se em dois pressupostos teóricos, quais sejam, a imutabilidade relativa e a suprallegalidade da norma constitucional, decorrente da exigência de se defender a constituição

---

<sup>113</sup> PRAKASH, Saikrishna B., Yoo, John C. *Op. Cit.*, p. 887-982, 2003.

<sup>114</sup> “Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da comissão é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo o ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proíbem.” Em: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Belo Horizonte: Livraria Líder e Editora Ltda, 2003. p. 459

<sup>115</sup> PRAKASH, Saikrishna B., Yoo, John C. *ibidem*, pp. 887-982; 2003. p. 913-914.

<sup>116</sup> DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo... Op. Cit.*, p. 230-231.

e impedir que se torne um documento meramente programático. Contudo, a conclusão de que a separação de poderes implica na automática função ao judiciário de ser intérprete da constituição não se afigura como única solução, mas uma construção entre diversas possíveis.

Como foi mencionado anteriormente, o controle de constitucionalidade pela via judicial não parece ser um conceito lógico-jurídico, sendo possível estabelecer um controle político de constitucionalidade, como ocorreu na mesma época na França. É, evidentemente, possível apontar influências histórico-jurídicas que levaram a França e os Estados Unidos a adotarem os dois tipos diversos de controle de constitucionalidade. Isso ocorre, uma vez que a França estabeleceu uma forma de governo que depositava ampla confiança na representatividade do Legislativo<sup>117</sup>, enquanto na América do Norte o movimento pós-independência fez surgir certa desconfiança com o mesmo, causando uma reconstrução da confiança no Judiciário, que se mostrava distante dos fatos que geraram desconfiança durante o período colonial.

O que se pode perceber é que Prakash e Yoo findam por sustentar que a Constituição era rígida e possuía um status de superioridade perante Poderes Constituídos, tanto que elencam o que chamam de quórum supermajoritário para a alteração da Constituição como um elemento que ensejaria a prática do *judicial review* como instituto apto de resguardar o povo de leis inconstitucionais.

Nesse contexto, segundo Prakash e Yoo o *judicial review* pode ser visto como uma decorrência do juramento de proteger e aplicar a Constituição que todos os agentes públicos prestam, nesse caso o juramento realizado pelos agentes do Judiciário implicaria em sua responsabilidade de controle como forma de manter o juramento. Seria, assim, decorrente do dever de julgar os casos e as controvérsias sobre a matéria constitucional, conforme o supracitado artigo 3º. Do mesmo jeito, em razão do juramento vinculante da atuação dos agentes públicos, o dever de proteger a constituição estaria também presente nos membros do Legislativo e do Executivo. No primeiro haveria o dever de votar contrariamente às leis inconstitucionais, enquanto no

---

<sup>117</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 35.

segundo se teria o dever de veto de tais atos, tudo no escopo de preservação da Constituição, entendida como documento de expressão máxima da soberania do povo.<sup>118</sup>

Segundo os autores, nenhum trecho do texto da Constituição norte-americana ou das próprias convenções constituintes apontam para qualquer adoção de uma constituição meramente política, mas, ao contrário, o próprio texto confere a ela status de lei suprema do território<sup>119</sup>. Se os *framers* claramente inseriram a possibilidade das cortes estaduais interpretarem suas constituições, haja vista que deveriam julgar válidas as leis federais em detrimento das constituições estaduais, cláusula que foi inserida como forma de preservar a união dos Estados, estaria clara a intenção dos constituintes em atribuir o poder de interpretar o sentido das constituições também ao Judiciário quando confrontado com a lei federal.<sup>120</sup>

Mas por que inserir uma previsão expressamente direcionada às cortes estaduais para exercício do controle de constitucionalidade entre leis federais e constituição e silenciar para o controle das leis federais?

Segundo Corwin, tal dispositivo se mostrava necessário porque as cortes estaduais historicamente estavam propensas a decidir pela lealdade que os juízes estaduais depositavam em seus estados, o que os tornariam propensos a invalidar leis federais contrárias às Constituições. A cláusula serviria como um comando direto e inequívoco para o único posicionamento a ser adotado, permitindo a manutenção da União Federativa.<sup>121</sup>

Embora não se concorde com a tese dos autores de que o controle judicial de constitucionalidade seria decorrência lógica da conjunção havida entre a constituição escrita e a separação de poderes, da rigidez ou da cláusula de juramento dos agentes públicos, o contexto histórico apresentado pelos autores demonstram uma preocupação com o controle de atos do congresso, como se expõe a seguir.

Devidamente lida, as evidências históricas indicam que ao tempo da elaboração e ratificação da Constituição os americanos comumente consideravam o *judicial review* como um produto inevitável de uma

---

<sup>118</sup> PRAKASH, Saikrishna B., Yoo, John C. *Op. Cit.*, p. 915-918.

<sup>119</sup> Artigo 6º da Constituição norte-americana.

<sup>120</sup> PRAKASH, Saikrishna B., Yoo, John C. *Op. Cit.*, pp. 887-982, 2003. p. 905-907.

<sup>121</sup> CORWIN, Edward Samuel. *The Doctrine of Judicial Review... Op. Cit.*, p. 13-14.

constituição limitada, escrita e com previsão de separação de poderes. A evidência também refuta as alegações de acadêmicos que afirmaram que os Fundadores não consideravam a Constituição como autorizadora de *judicial review* de leis federais.<sup>122</sup>

A afirmação parece restar corroborada pelo texto da Lei que disciplinou a organização e o funcionamento do Poder Judiciário, promulgada apenas dois anos após a promulgação da Constituição. O *Judiciary Act* de 1789 – o mesmo ato cuja atribuição de competência originária para julgar o *writ of mandamus* foi declarado inconstitucional por John Marshal em 1803 – continha previsão expressa de controle das declarações de inconstitucionalidade feitas pelos estados, mencionando ainda a possibilidade de interpretação de cláusulas constitucionais.<sup>123</sup>

Não obstante o supracitado *Judiciary Act*, as próprias constituições dos estados independentes previram diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade, que evidenciavam, pelo menos, a intenção de limitar a atuação dos Poderes Constituídos. Como exemplo, cita-se o estado de Nova York no qual os membros da cúpula do Judiciário estadual participariam juntamente com o Executivo do processo de veto, mas, além de Nova York, Pensilvânia<sup>124</sup> e Vermont criaram um conselho de censores, que tinham competência para aferir se o Legislativo e o Executivo atuavam dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, o que, mais uma vez, denotava a preocupação com a manutenção da ordem constitucional e a limitação dos Poderes. Por fim, Massachussetts somente inseriu a possibilidade de veto pelo Governador.<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> PRAKASH, Saikrishna B., Yoo, John C. *Op. Cit.*, p.927 . Tradução livre de: *Fairly read, the historical evidence indicates that at the time of the Constitution's drafting and ratification, Americans generally regarded judicial review as an inevitable product of a limited, written constitution with a separation of powers. The evidence also refutes the claims of scholars who have asserted that the Founders did not regard the Constitution as authorizing judicial review of federal statutes.*

<sup>123</sup> Judiciary Act of 1789. Disponível em: <<https://www.fjc.gov/history/legislation/landmark-judicial-legislation-back-historical-note-0>>. Acesso em: jun 2017.

<sup>124</sup> A Constituição da Pensilvânia, de 1776, continha previsão, na seção 47 das atribuições do Conselho de Censores.

<sup>125</sup> PRAKASH, Saikrishna B., Yoo, John C. *Op. Cit.*, p. 929; no mesmo sentido: MARQUES, Alessandra Garcia e KHODR, Amir Barroso. *Origens e fundamentos da judicial review: um berço americano.* Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista15/origensAlessandra.pdf>. Acesso em: jul. 2017.

Vê-se, assim, que no período após a independência e ainda antes da ratificação da Constituição americana, os estados independentes adotaram soluções para controle de constitucionalidade, mas que em nada se assemelhava ao controle pelo Judiciário, possuindo características que se pareciam com o controle político, o que poderia demonstrar que o *judicial review* não estava tão consolidado após a declaração da independência<sup>126</sup>. O fato de outros tipos de controle também terem sido discutidos no período do processo constituinte, tais como conselho de revisão e até a possibilidade de veto do congresso às leis estaduais, é fator que suscita dúvidas acerca do estágio de desenvolvimento e aceitação do *judicial review*<sup>127</sup>.

Nesse contexto, durante o processo constituinte, renomados constituintes, como James Wilson, James Madison e George Mason teriam suscitado a possibilidade da formação de um conselho de revisão composto de juízes e executivo, evitando que o poder de rever os atos do congresso ficasse exclusivamente a cargo do, então considerado frágil, Judiciário, possibilitando ainda um controle mais célere do que o meio judicial<sup>128</sup>. Tal fato retrata a supracitada crescente desconfiança com os atos legislativos, que ensejava a necessidade de um controle em tais atos.

Para Prakash e Woo, a hipótese supracitada de que o *judicial review* não estaria consolidado é imprecisa. Segundo os autores, o conselho de revisão teria sido rejeitado justamente porque os delegados já teriam aceitado que a Constituição ensejava o *judicial review* como um consectário lógico da constituição escrita e rígida, reafirmado, como citam os autores, pelo *Judiciary Act of 1789*<sup>129</sup>. Como durante a década de 1780 alguns juízes estaduais proferiram decisões que afastavam a aplicação de leis consideradas

---

<sup>126</sup> PRAKASH, Saikrishna B., Yoo, John C. *ibidem*. p. 929. Para os autores, apesar de não previsto expressamente nas constituições estaduais, o *judicial review* já era compreendido também como necessário pelos Estados.

<sup>127</sup> Essa também parece ser a conclusão de BILDER, Mary Sarah. The Corporate origins of judicial review. New Haven: *The Yale Law Journal*, v. 116, pp. 502-566, 2006.

<sup>128</sup> WOOD, Gordon S. *Op. Cit.*, p. 786-809, 1999. p. 790.

<sup>129</sup> William Michael Treanor aponta que apesar de ter sido ventilado durante a Convenção da Filadélfia, o *judicial review* não foi objeto de discussão, não houve qualquer enfoque sobre o assunto, tendo sido suscitado apenas quando tratando de questões relacionadas, como o conselho de revisão ou poder de veto. In: TREANOR, William Michael. *Judicial Review Before Marbury... Op. Cit.*, p. 468-469.

incompatíveis com a constituição dos respectivos estados, a hipótese defendida por Prakash e Woo é a de que os *Founders* teriam adotado o entendimento de que a Constituição seria, na verdade, apenas um tipo de lei, embora superior, que também deveria ser interpretada e aplicada pelos juízes.<sup>130</sup>

Nesse cenário, durante as convenções constituintes, não havia grande rejeição ao mecanismo de controle em si e os delegados aparentavam ter relativo conhecimento do instituto. O receio dos estados com a incorporação do *judicial review* cingia-se não ao aspecto atual da possível ausência de legitimidade democrática do Judiciário em controlar tais atos, mas em que o controle pelo Judiciário federal poderia acarretar numa injusta subtração da competência legislativa estadual, favorecendo indevida expansão da legislação federal, enfraquecendo os estados.<sup>131</sup>

James Madison cita um julgamento realizado em Rhode Island no qual os juízes deixaram de aplicar a lei inconstitucional. Elbridge Gerry, Patrick Henry, Edmund Pendleton e outros manifestaram-se favoravelmente às reações dos juízes estaduais em se recusarem a aplicar leis contrárias às constituições dos respectivos estados<sup>132</sup>. É em tal contexto, que Prakash e Woo ratificam que:

Os casos das cortes estaduais e a doutrina do *judicial review* estiveram indubitavelmente nas mentes dos delegados enquanto eles elaboravam a Constituição na Filadélfia durante o verão de 1787. Ao menos três dos casos estaduais foram registrados na imprensa da Filadélfia ou descritos em panfletos durante a Convenção Federal. Ademais, vários dos delegados estiveram envolvidos em tais casos: Alexander Hamilton como defensor em *Rugers v Waddington* [...]<sup>133</sup>

É importante ressaltar que as Constituições estaduais não continham previsão de controle judicial de constitucionalidade, o que possibilita inferir, a partir da manifestação favorável ao controle exercido nos estados por parte dos membros das convenções, que havia um entendimento de que o *judicial review*

---

<sup>130</sup> PRAKASH, Saikrishna B., Yoo, John C. *Op. Cit.*, p. 928.

<sup>131</sup> RAKOVE, Jack N. The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 49, n. 5, p. 1031-1064; 1997. p.1056-1064.

<sup>132</sup> FARRAND, Max. *The Records of the Federal Convention of 1787*. New Haven: Yale University Press, 1911. v. 1, 2 e 3. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/people/max-farrand>. Acesso em: agosto de 2017.

<sup>133</sup> PRAKASH, Saikrishna B., Yoo, John C. *Op. Cit.*, p. 937-940.

independência de texto autorizativo na Constituição. Tal hipótese é, como ressaltado acima, fonte de controvérsias, mas Prakash e Woo afirmam que os delegados sequer possuíam a pretensão de inserir expressamente o *judicial review* na Constituição, tamanha a convicção nos fundamentos teóricos.<sup>134</sup>

Outro fator que corrobora a adoção do *judicial review* pelos *framers* é que o número de delegados que se manifestaram favoravelmente ao controle judicial aponta que a prática tinha sido adotada como uma decorrência da Constituição escrita e da separação de poderes, com cerca de quinze delegados, alguns dos membros mais influentes e ativos da convenção. Nove dos doze estados representados abordaram o controle judicial de atos do legislativo em cerca de vinte ocasiões diferentes. O fato de não ter ocorrido nenhuma hostilidade registrada às manifestações favoráveis ao controle judicial é evidenciado também como fator que confirma a aceitação, posteriormente fortalecida durante o processo de ratificação.<sup>135</sup>

Se é possível lançar dúvidas sobre a concepção dos constituintes acerca do *judicial review* a partir da leitura do texto constitucional ou dos registros escritos da Convenção da Filadélfia, tal qual a hipótese capitaneada por Kramer, os registros do processo de ratificação<sup>136</sup> da Constituição nos estados, por sua vez, demonstram que houvera preocupação na contenção da atividade do legislativo federal. Ademais é evidenciado que a via judicial seria o meio próprio para limitar qualquer atividade legislativa, federal ou estadual, incompatível com a Constituição.

Manifestações expressamente favoráveis ao controle pela via jurisdicional das legislações federais puderam ser observadas na Pensilvânia, Connecticut, Massachusetts, Carolina do Sul, Carolina do Norte, Virgínia, Nova York, tendo importantes figuras do constitucionalismo norte-americano como protagonistas dos debates referentes a tais questões, como James Madison, Alexander Hamilton, Oliver Ellsworth, Patrick Henry e o próprio John Marshal,

---

<sup>134</sup> PRAKASH, Saikrishna B., Yoo, John C. *Op. Cit.*, p. 951 e 954.

<sup>135</sup> PRAKASH, Saikrishna B., Yoo, John C. *Op. Cit.*, p. 951 e 954.

<sup>136</sup> A Convenção da Filadélfia elaborou o texto constitucional em setembro de 1787, tendo sido, em seguida, submetida à ratificação das 13 colônias, que aprovaram, por meio de convenções eleitas pela população, para ratificar a Constituição.

que futuramente viria a estabelecer o mais importante precedente do *judicial review*.

Tais manifestações defendiam o controle de atos contrários à Constituição, não só àqueles formalmente incompatíveis, mas também quando contrários aos direitos individuais. Nesse sentido, veja-se o eloquente discurso de John Marshal que teria sido proferido durante a ratificação na Virgínia:

Pode o congresso ir além dos poderes delegados? Se fizerem lei não garantida por nenhum dos poderes enumerados, seria considerado pelos juízes uma violação à Constituição a qual devem guardar: - Eles (juízes) não considerariam tal lei resguardada pela jurisdição. - Eles declarariam nula.

Em qual departamento você procurará por proteção de uma violação à constituição, se não for concedido tal poder ao Judiciário? Não há outro órgão que possa proporcionar este tipo de proteção [...] Se fosse criada uma lei para autorizar [violação de propriedade privada ou pessoas], ela seria nula.<sup>137</sup>

Como explica Wallace Mendelson<sup>138</sup>, outra voz de relevante peso foi proferida em favor do *judicial review*, Thomas Jefferson, pai fundador e terceiro presidente dos Estados Unidos, foi inicialmente favorável ao *Judicial Review*, Jefferson entendia, assim como os federalistas, o risco de tirania com a possibilidade de preponderância do legislativo, tanto que defendeu a substituição da Constituição da Virgínia para inserir em nova Carta um Conselho de Revisão composto por Executivo e Judiciário que teria o poder de vetar atos legislativos, impedindo uma tirania do Legislativo. Essa visão aparentemente sofreu posterior alteração para aceitar o controle judicial, como demonstra o trecho de correspondência de Jefferson para Madison, logo após a publicação do emblemático texto do Federalista nº 78, que, como ressaltado nos capítulos anteriores, fundamentava o *judicial review*, a seguir transcrito:

Nos argumentos a favor de uma declaração de direitos, você omite um que tem grande peso comigo; a checagem legal (*legal check*) que

---

<sup>137</sup> KAMINSKI, John P. e SALADINO, Gaspare J. apud PRAKASH, Saikrishna B., Yoo, John C. The Origins of Judicial Review. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 70, pp. 887-982, 2003. p. 960.

<sup>138</sup> MENDELSON, Wallace. Jefferson on Judicial Review: Consistency through Change. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, . 29, N. 2, pp. 327-337, 1962. Em tal artigo, Mendelson ressalta que as críticas de sua época ao *judicial review*, diferentemente da crítica de Jefferson no século XIX, eram fundadas em inconformismos volúveis dos grupos liberais ou conservadores e o posicionamento contra ou a favor da atuação da Corte era extremamente mutável de acordo com os posicionamentos da Corte em julgados que favoreciam ou não seus posicionamentos, de maneira semelhante à observação feita já na década de 1990/2000 por Barry Friedman na série de 5 artigos sobre a história da dificuldade contramajoritária.

aquela coloca nas mãos do Judiciário. Este é um corpo que, se independente é mantida estritamente em seu próprio departamento, merece grande confiança por sua aprendizagem e integridade.<sup>139</sup>

Os debates havidos nas convenções estaduais foram publicados em jornais e panfletos, entre os quais alguns dos *papers* de “O Federalista”, mas não só, apenas em Nova York foram contabilizadas mais de vinte e nove publicações sobre o controle de constitucionalidade dos atos do congresso, além de mais quinze na Pensilvânia.<sup>140</sup>

Nesse contexto, embora não seja possível afirmar de maneira patente que a Constituição de 1787 previra o controle de constitucionalidade nos moldes da decisão de *Marbury v Madison*, os registros do período do processo constituinte americano revelam dados importantes, demonstrando que a decisão de John Marshal fundava-se numa teoria de controle e limitação dos poderes constituídos, que era crescentemente debatida no constitucionalismo norte-americano, reforçada também pelas decisões proferidas pelas cortes estaduais.

Embora a origem do *judicial review* possa ser objeto de discussão e sua legitimidade seja uma das obsessões na academia, como observa Barry Friedman, é inegável que a Suprema Corte americana realizou julgados que representaram grande progresso no campo dos direitos fundamentais. Pode-se citar como exemplo o caso que marcou o fim da segregação racial nas escolas (*Brown v. Board of Education*, 1954), a vedação de utilização de provas ilícitas (*Mapp v. Ohio*, 1961), a obrigação de ser informado de seus direitos antes de ter que responder a qualquer pergunta (*Miranda v. Arizona*, 1966) e outros.

---

<sup>139</sup> Tradução livre de “*In the arguments in favor of a declaration of rights, you omit one which has great weight with me; the legal check which it puts into the hands of the judiciary. This is a body, which, if rendered independent and kept strictly to their own department, merits great confidence for their learning and integrity.*”, In: Letter to Madison, March 15, 1789, apud MENDELSON, Wallace. Jefferson on Judicial Review: Consistency through Change. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 29, N. 2, p. 327-337, 1962. p. 329.

<sup>140</sup> PRAKASH, Saikrishna B., Yoo, John C. *Op. Cit.*, p. 975.

## 2. A SEPARAÇÃO DE PODERES

### 2.1 O PODER JUDICIÁRIO E SEU LUGAR NA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES.

A Teoria da Tripartição de Poderes, apesar da influência helênica<sup>141</sup> e também das limitações de poder vivenciadas pela monarquia inglesa, está intrinsecamente vinculada ao surgimento dos movimentos constitucionalistas do século XVIII. Nesse contexto, Carl Schmitt conceitua o próprio Constitucionalismo Burguês baseado inteiramente em dois princípios, sendo um deles o que chamou de “*principio de organización*”, cuja função seria efetivar a distribuição do Poder num Estado. Assim, segundo Schmitt:

De la idea fundamental de la libertad burguesa se deducen dos consecuencias, que integran los dos principios del elemento típico del Estado de Derecho, presente en toda Constitución moderna. Primero, un principio de distribución [...] Segundo, un principio de organización [...] el principio de organización está contenido en la doctrina de la llamada división de poderes, es decir, distinción de diversas ramas para ejercer el Poder público, con lo que viene al caso la distinción entre Legislación Gobierno (Administración) y Administración de Justicia - Legislativo, Ejecutivo y Judicial.<sup>142</sup>

Embora o Princípio da Separação de Poderes tenha como característica sua intrínseca relação com os movimentos constitucionalistas, com o surgimento das primeiras constituições escritas, o presente capítulo se propõe a conferir enfoque não apenas a esses, mas em como a Teoria da Tripartição de Poderes foi formulada e aplicada, principalmente, na Inglaterra, Estados Unidos e França, incluindo o respectivo papel atribuído ao judiciário em cada uma das teorias.

Idealizada como teoria antitética ao absolutismo, forma que possibilitava o exercício do poder sem qualquer regra limitadora, também sem controle ou qualquer legitimidade jurídica<sup>143</sup>, a Separação de Poderes visava, através da distribuição do exercício do Poder entre diferentes órgãos do Estado, limitar e regular o exercício do poder político sem, contudo, romper a

---

<sup>141</sup> ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário da Gama Kury, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

<sup>142</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Salamanca: Alianza Editorial 1996. p. 136

<sup>143</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67-68

unidade do Poder. Nesse diapasão, é possível sustentar que o princípio da Separação de Poderes contém, portanto, um subprincípio, qual seja a necessária repartição das funções, uma vez que o pressuposto do Princípio da Separação de Poderes é que não haja concentração de poder em uma pessoa ou instituição.<sup>144</sup>

Além da necessária vedação à concentração do poder, os freios e contrapesos são concebidos atualmente como outro subprincípio essencial à Separação de Poderes, uma vez que os poderes teriam o dever de fiscalizar um ao outro, equilibrando e impedindo que um pode aceda sobre os demais.

A Separação de Poderes foi, insofismavelmente, um dos pilares dos movimentos constitucionalistas liberais do Século XVIII<sup>145-146</sup>, podendo ser observada expressamente na Constituição da França de 1789<sup>147</sup> e também na Declaração de Direitos da Virgínia, documento de incomensurável importância para o processo de independência norte-americano<sup>148, 149</sup>

Embora seja inegável a contribuição do Estado Absolutista e seu importante papel na formação do Estado Moderno, o poder ilimitado dos governantes passou a significar verdadeiro obstáculo aos anseios de parcela

<sup>144</sup> Nesse sentido: CICHELERO, César Augusto; FERRI, Caroline; NUNES, Eduardo Brandão. From an idealized separation of powers to its practical problems in the Rule of Law. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 15-40, jan./abr. 2018. p. 17.

<sup>145</sup> DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo... Op. Cit.* Para o autor, o Constitucionalismo Liberal estaria assentado em três pilares fundamentais: a) ausência de intervenção do Estado na ordem econômica; b) consagração dos Direitos e Garantias Individuais e c) na Teoria da Divisão de Poderes.

<sup>146</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Salamanca: Alianza Editorial, 1996.

<sup>147</sup> O art. 16 da declaração de direitos do homem e cidadão previa que: A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

<sup>148</sup> O texto da declaração de direitos da Virgínia previa na 5ª Seção a Separação de Poderes, nos seguintes termos: “*That the legislative and executive powers of the state should be separate and distinct from the judiciary; and that the members of the two first may be restrained from oppression, by feeling and participating the burdens of the people, they should, at fixed periods, be reduced to a private station, return into that body from which they were originally taken, and the vacancies be supplied by frequent, certain, and regular elections, in which all, or any part, of the former members, to be again eligible, or ineligible, as the laws shall direct.*” Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>> Acesso em: dez 2017.

<sup>149</sup> Segundo Karl Loewenstein, a distribuição de poderes é a base do Estado Constitucional, *in verbis*: “*El Estado constitucional se basa en el principio de la distribución del poder. La distribución del poder existe cuando varios e independientes detentadores del poder u órganos estatales participan en la formación de la voluntad estatal. Las funciones que les ha sido asignadas están sometidas a un respectivo control a través de los otros detentadores del poder; com está distribuido, el ejercicio del poder político está necesariamente controlado.*” In: LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução e Alfredo Gallego Anabitarte. 2. Ed. Barcelona: Editora Ariel, 1976. p.50

burguesa, que era cada vez mais importante cultural e economicamente. Em tal contexto, o absolutismo era encarado como verdadeiro entrave ao desenvolvimento econômico e adversário das liberdades individuais e dos direitos dos cidadãos, fato que ensejou os anseios por sua limitação, tendo sido a técnica da separação de poderes o instrumento utilizado na tentativa de possibilitar a moderação estatal. A adoção da separação de poderes, como apontam Daniel Sarmiento e Cláudio Souza Neto teria sido um arranjo institucional claramente voltado à proteção dos ideais burgueses e as classes mais favorecidas<sup>150</sup>

Salutar a lição de Dallari<sup>151</sup>, que elucida como a luta contra o absolutismo e a restrição do poder político concentrado nas mãos das monarquias foi um processo lento, cujo primeiro exemplo de superação através da limitação do monarca ao parlamento pode ser visto na Inglaterra, que formou uma monarquia constitucional, posteriormente também realizado na França, mas que nos dois Estados a forma de organização de governo resultante do entrave possuía a marca da limitação do poder político, sendo evidentemente o destaque da separação de poderes.

Atualmente, entende-se uma tradicional separação de poderes. A divisão de funções do Estado entre Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, cada um exercendo atribuições diferentes, representa um limite ao exercício do poder, estabelecendo uma relação de independência e equilíbrio entre tais funções. Com base na atual compreensão de separação de poderes, o Estado de Direito compreenderia um pressuposto, segundo o qual a legitimidade de representação finda por elevar os atos legislativos como uma representação da vontade geral.

Retomando o surgimento da teoria da separação de poderes, é possível observar peculiaridades na forma de aplicação dessa, nas diferentes matrizes constitucionais, isto é, a separação de poderes foi singularmente incorporada nas diferentes constituições e também nas diversas concepções

---

<sup>150</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Op. Cit.*, p. 80.

<sup>151</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 69-99, explicando o processo histórico de superação do absolutismo na Inglaterra e França.

de alguns dos autores que influenciaram na aplicação de tal princípio em diferentes constituições.

Já na antiguidade, Aristóteles, em sua obra “A Política”, distinguia três funções essenciais à atividade do governo, cuja devida organização e harmonia seria imprescindível para o êxito do governo<sup>152</sup>. Assim, o filósofo grego distinguia as atividades legislativas, que chamou de Deliberante, Executiva e Jurisdicional, atribuindo e especificando as funções de cada uma daquelas.

Em todo governo existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.

O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado.

O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las.

O terceiro abrange os cargos de jurisdição.<sup>153</sup>

No entanto, segundo leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Aristóteles teria limitado sua lição à classificação das três funções existentes na atividade do governo. Aristóteles não cuidou, como o fez posteriormente Montesquieu, da necessária diversificação de tais funções em órgãos diferentes.<sup>154</sup> Loewenstein, no mesmo sentido, explica que Aristóteles fez uma análise das funções estatais em conformidade com sua funcionalidade, sua substância, sendo impossível encontrar na sua obra, um dos elementos mais importantes e típicos do constitucionalismo burguês, que seria a distribuição dos poderes em diferentes órgãos, com o claro escopo de limitar o exercício do poder<sup>155</sup>, impossibilitando o abuso pela indevida acumulação do poder.

Assim, embora não seja possível vislumbrar referências diretas à Aristóteles do porquê da separação nas obras de Locke ou Montesquieu, há

---

<sup>152</sup> ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 127

<sup>153</sup> ARISTÓTELES. *A política. ibidem*. p. 127 e ss.

<sup>154</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 251-252.

<sup>155</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. Ed. Barcelona: Editora Ariel, 1976. p. 56-57.

nas lições do filósofo grego um modelo inicial, cujas semelhanças à teoria da separação de poderes são irrefutáveis. Aristóteles é considerado o primeiro a identificar as diversas formas de governo, tendo como parâmetro o modo como as três diferentes funções estatais estariam dispostas em uma dada sociedade<sup>156</sup>.

A divisão do poder na Inglaterra e sua forma diferenciada de organização já no início do Século XVIII é, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o modelo definitivo que vai inspirar o Barão de Montesquieu a formular a sua teoria que realizou a divisão funcional do Poder<sup>157</sup>. Conforme leciona Dallari<sup>158</sup>, a luta contra o absolutismo na Inglaterra já tomava força desde o século XIII e o movimento de limitação do poder dos monarcas soberanos foi um processo lento, podendo-se considerar o *Bill of Rights* de 1689 como o derradeiro ato, apesar de tentativas frustradas de insurgência no século seguinte.

Os preceitos jurídicos estruturantes das tradicionais funções estatais são observáveis como uma constante do constitucionalismo de matriz liberal, pois é possível considerar que a repartição das funções foi a organização institucional desenvolvida como instrumento de proteção à liberdade. Não obstante ao lugar comum da separação entre as funções legislativa, executiva e judicial, é possível perceber diversos arranjos institucionais em diferentes Estados, vislumbrando-se uma clara supremacia de uma das funções, como a do Parlamento observada na Inglaterra, a da Lei, com valorização do Código Civil sobre a própria Constituição observada na França oitocentista<sup>159</sup> ou a pretensão de se atribuir equilíbrio às funções, com ênfase no sistema de freios e contrapesos, sendo possível afirmar que esse foi um dos aspectos que teria favorecido o surgimento do *judicial review* nos Estados Unidos.

## 2.2 A DIVISÃO DO PODER EM LOCKE

---

<sup>156</sup> Rechaçando completamente qualquer influência de Aristóteles na formulação da teoria da tripartição de poderes: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 251-252

<sup>157</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ibidem*. p. 251.

<sup>158</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. Cit.*, p. 69-88.

<sup>159</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. Cit.*, p. 99-130.

O processo de superação do absolutismo na Inglaterra com a limitação do poder político irrestrito da monarquia dando lugar a uma monarquia constitucionalista, teve suas características singulares, uma vez que, apesar de não possuir uma constituição escrita, adotou uma forma de organização de governo, caracterizada pela diminuição do poder dos monarcas com paulatina ascensão do Parlamento, que até hoje exerce função de destaque na Inglaterra.

Juntamente com os costumes e tradição, vários documentos escritos podem ser considerados como componentes integrantes da Constituição inglesa, tais como a Magna Carta (1215), o Habeas Corpus Act (1679) e a Declaração de Direitos (Bill of Rights de 1689), culminando na supremacia do Parlamento, que influenciou a forma como a separação de poderes foi adotada nas primeiras constituições escritas do século XVIII<sup>160-161</sup>.

John Locke<sup>162</sup> dissertou sobre o contrato social, teorizando sobre as liberdades, o direito natural e questionando também sobre o direito divino dos reis, desvinculando o poder real de aspectos religiosos, matéria deveras turbulenta à época na Inglaterra. Seu trabalho representa uma defesa da legitimação da autoridade, mas não da autoridade arbitrária vista nos absolutistas, Locke entendia que um corpo de leis e a limitação do poder seria a melhor solução para garantir o equilíbrio da Nação.<sup>163</sup>

Locke conviveu numa época de forte tensão entre o Parlamento e o Rei, o que resultou no seu exílio na Holanda de 1683 a 1689 em razão de sua proximidade com o Conde de Shaftesbury, um dos fortes opositores ao Rei, somente retornando após o êxito da Revolução Gloriosa. Antes do exílio, a proximidade com o Conde de Shaftesbury lhe rendeu o exercício de algumas funções políticas de pouca relevância, mas segundo Peter Laslett, que faz a

---

<sup>160</sup> A própria teoria da tripartição do poder por Montesquieu foi inspirada pela Revolução Gloriosa.

<sup>161</sup> Em 1998 o Parlamento incorporou os direitos da Convenção Europeia de Direitos Humanos, através do *Human Rights Act*, que pode ser considerada uma norma superior, ensejando a possibilidade de controle com base na superioridade hierárquica de tal norma.

<sup>162</sup> Segundo Waldron, Locke pode ser considerado o fundador do liberalismo, teórico dos direitos naturais e o filósofo da legislatura limitada, mas também defensor da supremacia do legislativo. In: WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 78.

<sup>163</sup> LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 27-29

introdução crítica da versão de Dois Tratados sobre o Governo utilizada<sup>164</sup>, fora justamente essa convivência de Locke com o Conde de Shaftesbury que teria influenciado o autor a desenvolver seus tratados sobre o governo civil<sup>165</sup>.

No campo político, apoiava as ideias do partido *Whig*, cujos ideais foram determinantes para a derrocada definitiva do absolutismo na Inglaterra. Vencedores na Revolução Gloriosa de 1688, o parlamento aprovou o *Bill Of Rights*, que recebeu o assentimento real em 1689, limitando sobremaneira os poderes reais, garantindo um status de funcionamento regular ao Parlamento, assim como desembaraçado de interferências da monarquia, estabelecendo também eleições livres para tal órgão. Os escritos de Locke sobre a organização do governo são apontados como justificativas posteriores da Revolução *Whig* de 1688<sup>166</sup>, embora não seja possível determinar com precisão os anos em que escreveu o Primeiro ou o Segundo Tratado<sup>167</sup>.

Os principais pontos da tese de Locke quanto à limitação do Poder estão presentes no Segundo Tratado sobre o Governo. Enquanto o Primeiro questiona o direito divino dos reis, combate diretamente a legitimação divina das monarquias, é no segundo que se vai desenvolver uma tese sobre a forma de organização do governo para conter o risco de autoritarismo existente ao se atribuir a apenas um grupo a função de legislar e também executar as leis.

A teoria contratualista de Locke aborda a tradicional dicotomia entre o estado da natureza e o civil, mas possuía inovação em contraste à teoria hobbesiana, segundo a qual o estado de natureza representaria um estado de constantes conflitos. Em sentido oposto, Locke acredita conseguir demonstrar que em tal situação o ser humano seria totalmente livre e igual ao seus pares, podendo decidir a forma como comandaria sua vida, disposição sobre sua propriedade, seu comportamento<sup>168</sup>. Seria o “estado de perfeita liberdade”<sup>169</sup>, que existiria independente da autorização ou consentimento de outra pessoa

---

<sup>164</sup> LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Op. Cit.

<sup>165</sup> LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. *Ibidem*. p. 37.

<sup>166</sup> CHEVALIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1999. p. 107

<sup>167</sup> LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Op. Cit., p. 65-96.

<sup>168</sup> “O estado de natureza era, segundo Locke, uma situação real e historicamente determinada pela qual passara, ainda que em épocas diversas, a maior parte da humanidade e na qual se encontravam ainda alguns povos, como as tribos norte-americanas.” In: WEFFORT, Francisco C. *Os Clássicos da Política*. São Paulo: Ática, 2006, p. 84. v. 1

<sup>169</sup> LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Op. Cit., 1998. p. 382.

para determinar suas atitudes, limitadas apenas pelos ditames da lei da natureza<sup>170 171</sup>.

Em tal contexto, um dos pressupostos desse estado de liberdade e também de igualdade seria a observância às leis da natureza, que impediriam que um ser humano prejudicasse o outro, em suas vidas, liberdades ou posses, todos esses são componentes integrantes do conceito amplo que Locke emprega ao direito de propriedade<sup>172</sup>. O estado de natureza, em verdade, obrigaria a autopreservação e também o respeito dos seus iguais, somente podendo excetuar tal regra quando “para fazer justiça a um infrator, tirar ou prejudicar a vida, ou o que favorece a preservação da vida, liberdade, saúde, integridade ou bens de outrem”<sup>173</sup>, hipóteses nas quais cada homem teria depositada em suas mãos o direito de punir a transgressão, com os devidos limites, respeitada a proporcionalidade.

Contudo, havia o reconhecimento da possibilidade de desvios na conduta humana, o estado natural não estaria plenamente livre de inconvenientes. Na visão do autor, o poder de executar as leis, que, no estado da natureza, estaria nas mãos de todo e qualquer indivíduo, poderia resultar em parcialidade e violência quando da retribuição pelas transgressões, causando insegurança, confusão e desordem, acarretando na possibilidade de um estado de guerra entre as pessoas. Desta feita, diferentemente do contrato de submissão apontado por Hobbes<sup>174</sup>, os indivíduos voluntariamente optariam por depositar, através de seu consentimento, o poder-dever de estabelecer leis de organização da vida em um governo civil, que também teria função de julgar os casos com contenção da parcialidade e da violência, bem como executar as decisões quando preciso<sup>175</sup>.

---

<sup>170</sup> Waldron, em sua proposta de defender a legislação, o direito positivo e criticando o *Judicial Review*, problematiza o conceito de direito natural tal qual formulado por Locke em seu Segundo Tratado. In: WALDRON, Jeremy. *Op. Cit.*, p. 89-91.

<sup>171</sup> LOCKE, John. *Op. Cit.*, P. 382.

<sup>172</sup> Nesse sentido: WEFFORT, Francisco C. *Os Clássicos da Política*. São Paulo: Ática, 2006, p. 85. v. 1.

<sup>173</sup> LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 384-389.

<sup>174</sup> WEFFORT, Francisco C. *Os Clássicos da Política*. São Paulo: Ática, 2006, p. 72-74. v. 1.

<sup>175</sup> “Admito sem hesitar que o governo civil é o remédio adequado para as inconveniências do estado de natureza [...]” In: LOCKE, John. *Op. Cit.*, p. 391.

A grande contribuição de Locke acerca da limitação do Poder é encontrada no Segundo Tratado sobre o Governo Civil quando, partindo da premissa, sintetizada, que os homens se tornam membros de uma sociedade política por seu próprio consentimento, por necessidade, por conveniência e com a finalidade de suprir os defeitos e imperfeições<sup>176</sup> do estado de natureza, desenvolve um fundamento para justificar a limitação do poder, cuja transcrição se revela importante:

[...] se o governo há de ser o remédio aos males que necessariamente se seguem de serem os homens juizes em suas próprias causas, razão pela qual o estado de natureza não pode ser suportado, gostaria de saber que tipo de governo é esse e em que é ele melhor que o estado de natureza, no qual um homem, no comando de uma multidão, tem a liberdade de ser juiz em causa própria e pode fazer a todos os seus súditos o que bem lhe aprouver, sem que qualquer um tenha a mínima liberdade de questionar ou controlar aqueles que executam o seu prazer.<sup>177</sup>

Tanto o poder absoluto e arbitrário como o governo sem leis e estabelecidas e fixas não podem ser compatíveis com os fins da sociedade e do governo. Os homens não se dispõem a abdicar da liberdade do estado de natureza e a se submeter (à sociedade e ao governo), não fosse para preservarem suas vidas, liberdades e bens - e, através de regras estabelecidas de direito e propriedade, assegurar sua paz e tranquilidade.<sup>178</sup>

Segundo pode ser depreendido da leitura do Segundo Tratado de Locke, as razões para o ser humano celebrar o pacto de confiança em sociedade para superar o estado de natureza seria, entre outras, a de suprimir as injustiças nas punições, as incertezas, limitar o próprio comportamento humano em algumas instâncias, o que segundo Locke teria como pressuposto a necessidade de criação de regras de conduta, com o estabelecimento de leis, legitimadas pelo consentimento e, necessariamente, limitadas ao atendimento do bem comum, não poderiam extrapolar os próprios direitos naturais existentes no estado anterior. Assim, com a necessidade do estabelecimento

---

<sup>176</sup> LOCKE, John *Op. Cit.*, p. 394 e 451. Em capítulo posterior, Locke afirma que o fim maior seria “o interesse na conservação da propriedade”. *Ibidem*, p. 495.

<sup>177</sup> LOCKE, John. *Op. Cit.*, p. 392.

<sup>178</sup> LOCKE, John. *Op. Cit.*, p. 508.

de leis, surgiria a necessidade também de se ter a figura do julgador imparcial e do poder para executar a sentença.<sup>179</sup>

Todas as supracitadas necessidades - estruturar um grupamento social, criar leis, conferir o poder a um julgador imparcial e também o poder de executar as sentenças advindas dos julgamentos - seriam a origem dos Poderes Legislativo e Executivo, assim como do próprio governo e das sociedades, ou seja, os indivíduos dariam seu consentimento para o exercício do Poder aos membros da sociedade, de onde adviria a sua legitimidade<sup>180</sup>.

Embora Locke afirme a possibilidade de o poder legislativo restar investido em apenas uma pessoa, o autor sustenta um ponto favorável a um legislativo composto em assembleia, através de representantes eleitos. O principal fundamento seria a necessidade de submeter os próprios legisladores às leis por eles formuladas.<sup>181</sup>

Importante ressaltar que Locke não se refere especificamente a uma divisão que contemplaria o Poder Judiciário em sua obra, apesar de discorrer sobre a existência da função de julgamento por um juiz previamente estabelecido e conhecido por todos no estado de governo civil. Para Jeremy Waldron<sup>182</sup>, Locke, na verdade, teria sido um crítico filosófico do sistema jurídico inglês, conquanto não vejamos os revisores dos Tratados sobre o Governo Civil fazerem tal apontamento, Peter Laslet<sup>183</sup>, um dos revisores, apenas aponta que a jurisdição seria, para Locke, um atributo geral do Estado, não especializada ou distinta dos demais poderes.

A concepção de Locke sobre a distribuição das funções do governo claramente não estabelecia um equilíbrio entre o executivo e o legislativo, mas defendia uma necessária supremacia do legislativo<sup>184</sup>, isso porquê a criação de leis destinadas à proteção da propriedade<sup>185</sup>, à limitação das possíveis injustiças do estado de natureza, seriam um dos pressupostos básicos para o

---

<sup>179</sup> Da necessidade de se atribuir tais funções decorreria a origem dos poderes Legislativo e Executivo. In: LOCKE, John. *Op. Cit.*, p. 494-500.

<sup>180</sup> WEFFORT, Francisco C. Os Clássicos da Política. Vol. 1. São Paulo: Ática, 2006, p. 84.

<sup>181</sup> WALDRON, Jeremy. *Op. Cit.*, p. 97.

<sup>182</sup> WALDRON, Jeremy. *ibidem*. p. 93

<sup>183</sup> Peter Laslet é o revisor que faz a introdução da edição utilizada no presente estudo: LOCKE, John. *Op. Cit.*, p. 157.

<sup>184</sup> LOCKE, John. *Op. Cit.*, p 502-503

<sup>185</sup> Aqui utiliza-se o termo propriedade, conforme a concepção de Locke que englobava uma série de direitos individuais.

homem deixar o estado de liberdade desse e se associar a outros indivíduos. O consentimento seria a fonte de legitimidade para o exercício do poder de elaborar leis, o que seria necessariamente limitado aos direitos naturais e ao bem público da sociedade. Caberia, assim, ao poder legislativo fixar as diretrizes da sociedade e também o modo como usar a força da sociedade política para preservar o governo e seus membros.<sup>186</sup>

Embora Locke não tenha formulada a concepção de separação de poderes nos moldes que são atualmente utilizados, pode-se perceber a mesma motivação para separação dos poderes executivo e legislativo, pois já afirmava a necessidade de distinção dos indivíduos integrantes de cada poder como meio imperioso à contenção de eventuais arbítrios, de assenhoreamento do poder. Para o autor, conceder ao mesmo poder que cria as leis a capacidade de executar poderia trazer resultados indesejados, como aplicação casuística da lei, ou elaboração de leis para obtenção de vantagens particulares. Nesse diapasão, caberia instituir o poder executivo como poder permanente, com a atribuição específica de concretizar as leis elaboradas pelo legislativo, cuja reunião permanente não era desejável.<sup>187</sup>

Embora Weffort aponte que a obra de Locke apenas fornecera a justificativa *a posteriori* da Revolução Gloriosa de 1689<sup>188</sup>, é necessário salientar que esboçou a tese da Supremacia do Parlamento que vigorou de maneira incontestada por muitos anos na Inglaterra.

No campo teórico, sua obra findou por influenciar outros filósofos iluministas, como Montesquieu, possuindo uma relevante contribuição também para a Revolução Francesa<sup>189</sup>, podendo também sua obra, no que tange a ideia de direitos naturais, ser considerada um dos fundamentos teóricos da independência das colônias inglesas na América do Norte.

### 2.3. O ESPÍRITO DAS LEIS E A DIVISÃO EM TRÊS PODERES DE MONTESQUIEU

---

<sup>186</sup> LOCKE, John *Op. Cit.*, p. 514-515.

<sup>187</sup> LOCKE, John. *Ibidem*, p 517-521.

<sup>188</sup> WEFFORT, Francisco C. *Op. Cit.*, p. 83-84. v. 1.

<sup>189</sup> WEFFORT, Francisco C. *ibidem*, p. 88-89. v. 1.

Expôs-se anteriormente que Aristóteles, na Grécia antiga, já havia teorizado sobre as três funções existentes no governo e, no tópico anterior, sobre como Locke teorizara sobre os dois poderes distintos e a respectiva vantagem ao se separar o exercício de tais poderes. É possível afirmar que muitos aspectos da teoria de Locke se fizeram presentes na Inglaterra pós-Revolução Gloriosa, com a submissão do Monarca ao Parlamento e a formalização da divisão de funções exercida por aqueles. Esse sistema constitucional de divisão de poderes influenciaria Montesquieu em sua teorização.

Embora não tenha sido o primeiro a discorrer sobre a divisão de poderes e revelar em sua obra grande conhecimento da obra de Aristóteles, assim como a história das sociedades pré-modernas e também do sistema constitucional inglês, a obra de Montesquieu se destaca por ser possível observar a precisa identificação das três funções e a sua necessária separação como pressuposto ao adequado funcionamento do poder estatal, elemento garantidor da liberdade, como consagrado pelo constitucionalismo burguês. A importância da sua obra resta elevada por destacar, em sua teoria da separação de poderes, a necessidade de cada poder ser exercido por pessoas diferentes<sup>190</sup>, assim como a concepção de o poder agir como responsável pela contenção do próprio poder, em uma sistemática embrionária do sistema de freios e contrapesos. Chama-se, aqui, de embrionária, pois Montesquieu atribuía um papel minorado ao judiciário, a quem chamou de “poder nulo”<sup>191</sup>, enquanto previa formas de controle complexas entre executivo e o legislativo bicameral.

A obra de Montesquieu revela seu amplo conhecimento da história das civilizações europeias, de forma que “O Espírito das Leis” pode ser considerado um tratado sobre as diferentes formas de governo conhecidas pelo teórico. Há, contudo, um inegável enfoque sobre as razões que levaram as diversas monarquias à decadência, quais os motivos que ensejaram conflitos

---

<sup>190</sup> “Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente” In: MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 168.

<sup>191</sup> MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 172.

que contribuíram para a desestabilização de tais regimes, assim como os possíveis fatores que ditariam a estabilidade daqueles, que o autor identifica na noção de moderação do governo e também do controle no uso do poder estatal.<sup>192</sup>

Diferentemente dos jusnaturalistas, não há expressa preocupação com a justificação da legitimidade da legislação diante de um critério decorrente da ordem natural. O pensador francês até esboça argumentos sobre a ideia de justiça anterior à positividade das leis, mas não correlaciona o direito positivo com o direito natural<sup>193</sup>. Francisco Weffort aduz que Montesquieu, como membro da nobreza francesa em face de uma burguesia em ascensão, possuiria preocupação em “como tirar partido de certas características do poder nos regimes monárquicos, para dotar de maior estabilidade os regimes que viriam a resultar das revoluções democráticas”<sup>194</sup>.

Para o autor, as leis de regência de instituições e costumes em um determinado Estado teriam relação de causalidade com a forma e também por quem seria exercido o poder, com a natureza e o princípio dos governos. Embora a lei geral decorresse da razão humana, as leis políticas e civis, que seriam, respectivamente, aquelas que organizam e mantêm o Estado, seriam, assim, a aplicação da razão humana a casos particulares. Em tal contexto, modificando-se a espécie de governo, modificar-se-iam também, necessariamente, as leis, pois tanto o governo monárquico, o republicano ou o despótico possuiriam princípios das naturezas próprios.

Segundo Francisco Weffort<sup>195</sup>, Charles-Louis de Secondat, ou o barão de La Brède e de Montesquieu, com o específico propósito de estudar as bases constitucionais da liberdade, teria visitado a Inglaterra durante o século XVIII e pôde observar *in loco* a organização do Estado inglês, tanto que em sua mais célebre obra, “O Espírito das Leis”, publicado em 1748, o capítulo no qual se

---

<sup>192</sup> WEFFORT, Francisco C. *Op. Cit.*, p. 114. v. 1.

<sup>193</sup> Veja-se a passagem logo no início do livro primeiro: “Dizer que não há nada de justo ou de injusto além daquilo que as leis positivas ordenam ou proibem é dizer que antes de se traçar o círculo todos os raios não são iguais. Devem-se então reconhecer relações de equidade anteriores à lei positiva que as estabelece: como, por exemplo, supondo que existissem sociedades de homens, que seria justo conformar-se às suas leis”, In: MONTESQUIEU. *Op. Cit.*, p. 12

<sup>194</sup> WEFFORT, Francisco C. *Op. Cit.*, p. 113. v. 1.

<sup>195</sup> WEFFORT, Francisco C. *ibidem*, p. 119. v. 1.

atém a teorizar o conceituado princípio da separação de poderes, do qual é tradicionalmente considerado como fundador, é intitulado como “Da constituição da Inglaterra”<sup>196</sup>, inserido em livro próprio, que trata sobre a liberdade política.

Em tal contexto, teorizando acerca dos pressupostos inerentes à garantia da liberdade política, o membro da nobreza francesa buscou na organização institucional da Inglaterra a inspiração para formular a teoria da separação de poderes, mas, diferentemente do que fizera Locke, vislumbrou uma teoria diferenciada que não se fundava na exclusiva supremacia do parlamento e também estabelecia três poderes, teorizando um poder judiciário ao lado do executivo e legislativo. É possível identificar a consagração dessa teoria de tripartição de poderes no supracitado artigo 16 da Declaração de Direitos de 1789.

Apesar de não fundamentar expressamente com base nos mesmos pressupostos e também não tratar da passagem do estado de natureza ao estado civil como Locke, é possível assumir que as razões que fundamentam a existência de um governo para os indivíduos são, no mínimo, remotamente semelhantes em Montesquieu. O nobre francês teorizou que a necessidade da criação de leis estaria fundamentada na pretensão de evitar os conflitos inerentes que podem surgir na vida em sociedade, isto é, o governo serviria para estabelecer uma ordem na qual um cidadão não poderia temer o seu igual, proibindo-se a todos de agir em contrariedade à lei posta<sup>197</sup>.

Semelhantemente como a teoria de Locke, as leis pré-estabelecidas seriam primordiais para reger a vida dos membros de uma sociedade e possibilitar um governo bom e estável. Montesquieu, no entanto, constata, a partir das observações da experiência das civilizações ao longo da história, que haveria a necessidade de limitar o poder e esse somente seria contido através da divisão de poderes, como descreve em passagem do livro décimo primeiro, no qual trabalha a liberdade política:

A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se

---

<sup>196</sup> MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. *Ibidem*, p. 167

<sup>197</sup> MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. *Ibidem*. p. 166-167

abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites [...]

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.<sup>198</sup>

Em passagem anterior, no livro segundo, Montesquieu já formulara, ainda que superficialmente, uma espécie de correlação acerca da divisão do exercício do poder nas diferentes formas de governo, ressaltando que a divisão de poderes seria algo estranho aos Estados despóticos e aristocráticos<sup>199-200</sup>. Embora não discorra sobre a divisão de poderes na república, Montesquieu afirma que “Os poderes intermediários, subordinados e dependentes constituem a natureza do governo monárquico, isto é, daquele onde um só governa com leis fundamentais.”<sup>201</sup>

No livro décimo primeiro, Montesquieu<sup>202</sup> identifica, assim como Aristóteles, a existência de três tipos de poder que seriam constantes em todos os Estados: o executivo, que deveria permanecer nas mãos do monarca e a quem caberia atos de guerra, dispor sobre embaixadas, estabelecer a segurança e prevenir invasões; legislativo, responsável pela criação de leis e judiciário, responsável pelo castigo de crimes e resolução de disputas entre particulares, diferenciando-se de Locke ao desvincular o judiciário das demais funções do governo.

Desta maneira, a concepção de liberdade política, restaria assegurada mediante a divisão entre o exercício dos poderes. Assim, a separação de poderes, surge como técnica de limitação do poder como meio apto a proporcionar a liberdade.

O ponto de maior relevância da obra de Montesquieu para o presente estudo é sua compreensão sobre o equilíbrio entre os poderes, sobretudo entre

---

<sup>198</sup> MONTESQUIEU. *Ibidem*, p. 166.

<sup>199</sup> MONTESQUIEU. *Ibidem*, p. 23-25; 28-29.

<sup>200</sup> Segundo Francisco Weffort, em Montesquieu a natureza dos governos pode ser definida nos seguintes termos: “o depotismo é o governo da paixão; a república é o governo dos homens; a monarquia é o governo das instituições.” In: WEFFORT, Francisco C. *Op. Cit.*, p. 118. v. 1.

<sup>201</sup> MONTESQUIEU. *Op. Cit.*, p. 26-27.

<sup>202</sup> Para Francisco Weffort, Montesquieu teria realizado uma análise do sistema bicameral inglês que conservara poder da nobreza na Câmara Alta enquanto também dava representação popular através da Câmara dos Comuns. In: WEFFORT, Francisco C. *Op. Cit.*, p. 119.

o executivo e o legislativo, uma vez que, para o autor, um poder não poderia acumular outro, havendo a necessidade de que um pudesse exercer um controle sobre o outro, destacando-se o controle recíproco entre o legislativo e o executivo, considerando que o autor compreendia o judiciário como um poder “de certo modo nulo”<sup>203-204</sup>. Ao contrário de Locke, não há uma prevalência do legislativo sobre o executivo, mas um sistema de freios e contrapesos no qual uma instituição moderadora encontrasse sua força política em outra base social<sup>205</sup>, sendo assim que o bicameralismo, dividido entre nobreza e representantes do povo, teriam faculdade de se impedir, limitando-se. Além disso, ambas as câmaras poderiam também ser limitadas pelo poder de veto do executivo.

Montesquieu explana a importância de o poder executivo controlar atos do parlamento a partir do poder de veto, bem como na possibilidade de convocação das assembleias do legislativo, ao passo que o legislativo, embora não pudesse limitar diretamente a atuação do executivo, teria a competência de fiscalizar os atos do executivo, o modo como as leis foram executadas e até a possibilidade de punir os ministros do monarca, quando houvesse má conduta.<sup>206</sup>

A obra de Montesquieu, como exposto, diferencia-se substancialmente da concepção de Locke e não havendo uma supremacia do Parlamento sobre o executivo, há uma pretensão de organizar o funcionamento do poder através do controle recíproco entre o bicameralismo legislativo e o executivo, há um sistema de freios e contrapesos ainda incipiente no qual o bicameralismo atuava como controle voltado à proteção de privilégios. Em conjunto com outros autores, sua obra influenciou as constituições escritas do século XVIII, sendo possível observar repercussões tanto na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, quanto nas Constituições das antigas colônias

---

<sup>203</sup> MONTESQUIEU. *Op. Cit.*, p. 172.

<sup>204</sup> É possível inferir até uma posição de inferioridade do judiciário em Montesquieu: “o poder legislativo não pode julgar; e o pode menos ainda neste caso particular, onde ele representa a parte interessada, que é o povo. Logo, ele só pode ser acusador. Mas diante de quem fará a acusação? Irá rebaixar-se diante dos tribunais da lei, que lhe são inferiores” *in*:

MONTESQUIEU. *Op. Cit.*, p. 175.

<sup>205</sup> WEFFORT, Francisco C. *Op. Cit.*, p. 120.

<sup>206</sup> MONTESQUIEU. *Op. Cit.*, p. 177.

inglesas na América do Norte, assim como na própria Constituição norte-americana.

A tradição constitucional oriunda da doutrina francesa resultou num sistema de “separação estanque entre os poderes”<sup>207</sup> e o desenvolvimento de um constitucionalismo voltado à supremacia parlamentar, com aspecto legicêntrico predominou na França e em grande parte dos países europeus até o século XX.

### 2.3. A INFLUÊNCIA DE JAY, MADISON E HAMILTON À CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIVISÃO DE PODERES

Montesquieu traçou bases importantes para a implantação da separação de poderes que pretendia limitar sobremaneira a atuação do Poder Estado, permitindo a proteção de ideais liberais, destacando a liberdade política em sua obra. A influência de Montesquieu, como ressaltado, repercutiu diretamente nas constituições escritas e, na Constituição dos Estados Unidos, embora não mencionada expressamente a teoria da divisão de poderes, também houve a consagração da divisão de poderes, observando-se esta no estabelecimento e delimitação das funções, dos *branches*, cuja tradução mais próxima seria ramos, no contexto de ramos/funções do Estado. Em tal documento, definiu-se claramente as funções executivas, legislativa e judiciária, cuja amplitude de atuação do judiciário, tal qual concebida pelos *Framers*, foi objeto do primeiro capítulo.

Anteriormente à Constituição americana, a Constituição da Virgínia previu expressamente a divisão em três poderes e, segundo Vile<sup>208</sup>, foi o documento a expor de maneira mais clara e precisa a doutrina da separação de poderes como base de um governo, cerca de 28 anos após a publicação da clássica obra de Montesquieu, revelando-se sua influência no constitucionalismo norte-americano, uma vez que a Constituição da Virgínia

---

<sup>207</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Editorial – Separação de poderes e diálogos institucionais. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 9-14, jan./abr. 2018.

<sup>208</sup> VILE, M. J. C. Constitutionalism and the separation of powers. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998. p.131.

influenciou fortemente as posteriores, na qual James Madison também participou<sup>209</sup>.

A independência americana, longe de ter sido pacífica, foi marcada por intensas controvérsias entre a colônia e a Coroa inglesa, que na visão dos colonos passara a abusar injustificadamente de seu poder, limitando a liberdade religiosa na colônia, bem como ampliando poderes de uma parte da aristocracia inglesa que vinha se instalando na colônia, concedendo-lhes privilégios e aumentando impostos, com o escopo de manter a colônia vinculada aos seus domínios. Os colonos da América, em contrapartida, que ao longo do século XVII vinham em um crescimento econômico e de expansão territoriais, foram submetidos a um sistema de taxações e privilégios, injustificáveis à sua ótica.<sup>210</sup>

Segundo Greene, historiador da revolução americana, a Coroa britânica impunha submissão apenas relativa aos colonos, enquanto esses se submetiam principalmente em razão da deferência diante da necessidade de proteção contra guerras, por se considerarem membros integrantes da comunidade britânica também pelo interesse de acesso a mercados que a Coroa provia<sup>211-212</sup> e, ao contrário do que foi vivenciado pelas colônias espanholas e portuguesas, não por uma forte presença da Inglaterra com administração colonial ou prepostos na América do Norte. Havia, portanto, um grau de liberdade incomum nas colônias da América do Norte se comparados com outros colonizadores<sup>213</sup>, podendo-se observar uma espécie de

---

<sup>209</sup> Declaração de direitos do estado da virgínia disponível no endereço eletrônico: [http://edu.lva.virginia.gov/online\\_classroom/shaping\\_the\\_constitution/doc/declaration\\_rights](http://edu.lva.virginia.gov/online_classroom/shaping_the_constitution/doc/declaration_rights). Acesso em: jan. 2018.

<sup>210</sup> DAVIES, James C. Towards a theory of revolution. *American Sociological Review*, Washington, v. 27, n. 1, pp.; 5-19, Fev., 1962 p. 15. Segundo o autor, tais condutas abusivas teriam se iniciado no estado de Nova York ainda em 1689.

<sup>211</sup> Embora Greene não mencione diretamente, o interesse das colônias sulistas onde prevalecia o sistema de *plantation*, esse era mais vigiado pela Inglaterra, que controlava as exportações.

<sup>212</sup> Discorrendo sobre os confrontos entre elites agrárias e defensores dos incrementos comerciais e sua relevância na formação do contexto pós-revolucionário: BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. A separação de poderes na revolução americana à Constituição dos Estados Unidos: O debate entre os Projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. p. 96.

<sup>213</sup> O império colonialista inglês assume outra face também no século XIX, com intensa ingerência nas colônias.

organização republicana em algumas dessas colônias<sup>214</sup>, que estabeleciam regras em observância à tradição e através do interesse na manutenção do comércio, pouco desenvolvendo uma ideia de aristocracia ou nobreza como havia no velho-mundo.<sup>215</sup>

As colônias, enquanto se autogeriam possuíam, ao contrário da Coroa, pouca tributação, pois tinham pouquíssimos gastos públicos, haja vista que vários dos serviços eram prestados por voluntários e membros da sociedade interessados em criar leis prioritariamente destinadas a permitir o livre comércio e a manutenção da propriedade, bem como não vislumbravam a necessidade de manter exércitos permanentes. Em tal contexto político-social, a formação da colônia norte-americana concebia a ideia de um governo subordinado e concebido para atender os interesses da população, como ressalta Greene<sup>216</sup>:

Os colonos americanos, portanto, subscreveram as ideias de que a sociedade era anterior ao governo; que as funções das leis, governos e constituições deveriam promover os fins da sociedade civil, especialmente o grande objetivo de facilitar a busca de felicidade pelos indivíduos que compuseram aquela sociedade [...]

Nesse diapasão, houve a revolta com o tratamento desigual entre colonos e britânicos, causada em razão das condutas britânicas que ensejaram um sentimento de exclusão por parte dos colonos, que passaram a se ver sobretaxados e com intromissão injusta através de leis por parte da Coroa que estavam em desconformidade com os interesses dos colonos. A limitação da exploração dos territórios recém-conquistados da França, e a concessão do monopólio comercial, que ensejou a Festa do chá de Boston, geraram tensões irreconciliáveis, culminando no processo de independência.

Ao longo do século XVIII, a crescente interferência da Inglaterra em território americano desencadeou uma série de eventos que foram

---

<sup>214</sup> SMITH, Adam. *Wealth of Nations* apud GREENE, Jack P. *The american revolution*. The American Historical Review, Bloomington, v. 105, n. 1, pp. 93-102, fev., 2000. p. 96.

<sup>215</sup> GREENE, Jack P. *Op. Cit.*, 94-97.

<sup>216</sup> Tradução livre de: *The Colonial British Americans thus subscribed to the ideas that society was anterior to government; that the functions of laws, governments, and constitutions were to promote the ends of civil society, especially the great end of facilitating the pursuit of happiness by the individuals who composed that society*. In: GREENE, Jack P. *The American Historical Review*, Bloomington, v. 105, n. 1, p. 93-102, fev, 2000. p. 98.

interpretados pelos colonos norte-americanos como um movimento de usurpação da liberdade.<sup>217</sup>

A forma de organização próxima à republicana pré-existente nas colônias, segundo a tese sustentada por Greene, é um dos fatores que justifica a adoção de uma república, em detrimento do conhecido modelo de monarquia existente na Inglaterra. Segundo o autor, prevaleceu a manutenção do sistema existente em razão dos costumes e praticidade, haja vista a menor dificuldade em manter a estrutura de governo existente que se construía desde 1606 ao período da independência<sup>218</sup>, enquanto, repudiavam algumas das tradições impostas pela Inglaterra, como os juízes indicados pela coroa.

Entretanto, justificar a adoção de uma república com a separação pura de poderes em detrimento de uma constituição mista não era tarefa simples, pois Montesquieu, um dos inspiradores de parte relevante dos ideais constitucionais americanos<sup>219</sup>, declarava que as repúblicas se prestavam apenas para nações de pequenos territórios. As colônias, em processo de independência e desvinculação da Coroa inglesa, precisavam, contrariando algumas fontes teóricas, estabelecer um modelo próprio de organização de governo, como ressalta Vile:

Esses homens [colonos americanos] estavam bem conscientes de que enfrentavam problemas que não deviam ser resolvidos por simples apelo à experiência ou à velha teoria constitucional. Eles estavam, necessariamente, envoltos à lógica de suas próprias posições como revolucionários que desejavam manter o melhor dos costumes, das formas antigas, de modo que eles construíram, dentro do padrão geral de pensamento constitucional que eles herdaram, porém eles especificamente e conscientemente rejeitaram muitos elementos das formas antigas. A notável conquista dos americanos foi que eles não apenas aceitaram e compreenderam a teoria constitucional e a experiência de que eram herdeiros, mas também apanharam essa herança e a reformulou, com eficácia e sucesso, para enfrentar uma nova e extraordinária situação difícil.<sup>220</sup>

---

<sup>217</sup> BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. *A separação de poderes na revolução americana à Constituição dos Estados Unidos: O debate entre os Projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. p.71.

<sup>218</sup> GREENE, Jack P. *Op. Cit.*, p. 100

<sup>219</sup> Quando fundamentam a divisão dos poderes chegam a afirmar que “O oráculo sempre consultado e sempre citado nessa matéria é Montesquieu.”

<sup>220</sup> Tradução livre de: “*These men were well aware that they faced problems which were not to be neatly solved by appeal either to experience or to the old constitutional theory They were, necessarily, caught up in the logic of their own positions as revolutionaries who wished to*

Em tal contexto, os artigos dos federalistas publicados por Hamilton, Madison e Jay exerceram importante papel de justificação do texto constitucional durante o processo de ratificação pelos estados, bem como a filosofia política da Carta, mas também tinham um desafio de enfrentar os supracitados dogmas sobre organização política como traçados pelos teóricos antecessores ao constitucionalismo americano, como a criação de uma República de extenso território<sup>221</sup> e o fortalecimento do poder da União.<sup>222</sup>

Embora o grande foco dos ensaios publicados pelos autores possa ser estabelecido como a formulação de uma defesa do estabelecimento da União, contrapondo os antifederalistas, apoiadores da formação da Confederação, que propunham um sistema de poder centrífugo, com grande autonomia dos Estados, a presente análise da contribuição dos autores concentra-se na contribuição dos mesmos à teoria da divisão de poderes.

Em diversas passagens dos ensaios, Madison e Hamilton se reportam à natureza humana de maneira pessimista, sendo tal natureza perversa à causa primeira da criação do Estado, aproximando-se um pouco da noção de Hobbes, mas à criação do Estado, concomitantemente, surgia também um necessário controle dos detentores do poder, premissa para não permitir o desvirtuamento. Francisco Weffort<sup>223</sup> aponta à aproximação existente em tal ponto com o pensamento de Montesquieu, cuja concepção de que a experiência indicava que o homem detentor do poder tendia a abusar dele, pode ser vislumbrada em passagens da autoria de Madison:

---

*maintain the best of the old ways, so that they built within the general pattern of constitutional thought which they inherited, but they specifically and consciously rejected many elements of the old pattern. The remarkable achievement of the Americans was that they not only accepted and understood the constitutional theory and experience that they were heirs to, but that they took this heritage and refashioned it, effectively and successfully, to meet a new and extraordinary difficult situation.*” In: VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998. p.135.

<sup>221</sup> Nesse sentido, Madison: “Mas o fato é que já em alguns círculos da oposição começa a ensinar-se que a demasiada extensão dos treze Estados não permite que sejam reunidos todos em um só corpo, e que a divisão em confederações parciais é ponto de absoluta necessidade; é mesmo provável que esta opinião se vá propagando, pouco a pouco, até ter tal número de partidistas, que, quando for tempo, não pareça escandaloso emití-la abertamente. [...] nada há mais evidente do que a alternativa em que nos achamos, ou de adotar a nova Constituição, ou de que a união se desmembre. Não, é, portanto, inútil examinar as vantagens da União” In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Op. Cit.*, p.16.

<sup>222</sup> WEFFORT, Francisco C. *Op. Cit.*, p. 246-247.

<sup>223</sup> WEFFORT, Francisco C. *Op. Cit.*, p. 249. v. 1.

Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo; e se anjos governassem os homens, não haveria necessidade de meio algum externo ou interno para regular a marcha do governo: mas, quando o governo é feito por homens e administrado por homens, o primeiro problema é pôr o governo em estado de poder dirigir o procedimento dos governados e o segundo obrigá-lo a cumprir as suas obrigações. A dependência em que o governo se acha do povo é certamente o seu primeiro regulador; mas a insuficiência desse meio está demonstrada pela experiência.<sup>224</sup>

Visando estruturar uma defesa contra a tendência humana de abusar ou tornar o poder arbitrário, a Constituição dos Estados Unidos devia conservar o princípio da separação de poderes que vinha sendo consagrada em várias das constituições escritas dos Estados integrantes da federação em formação<sup>225</sup>. A premissa adotada na obra é de que qualquer dos poderes, caso não fosse devidamente limitado pelos demais, teria uma tendência natural de tentar ultrapassar os limites prescritos<sup>226</sup>, usurpando os demais poderes, possibilitando a tirania.

A concepção das atividades a serem exercidas por judiciário, executivo e legislativo não se diferenciavam, em sua essência, da descrição clássica de Aristóteles ou Montesquieu, mas a originalidade da criação federalista residiria no entendimento sobre o sistema de freios e contrapesos<sup>227</sup>, haja vista a concepção de que cada forma de governo poderia originar a preeminência de um poder. De acordo com a concepção da divisão de poderes federalista, todos eles representariam diretamente o povo<sup>228</sup>, razão pela qual a legitimidade para exercício do poder podia ser melhor compreendida como presente em todos os três ramos, não se falava, pois, em uma necessária supremacia do legislativo, o próprio executivo passava a ser exercido por um presidente eleito

---

<sup>224</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Op. Cit.*, p. 318.

<sup>225</sup> Madison cita expressamente os casos das Constituições estaduais que adotaram explícita ou implicitamente o princípio, como: Nova Iorque, Carolina do Sul, Carolina do Norte, Geórgia e outros. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Ibidem*, p. 300-304.

<sup>226</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista. Ibidem*, p. 305.

<sup>227</sup> “não há outro remédio possível senão traçar de tal maneira a construção do governo, que todas as suas diferentes partes possam reter-se umas às outras nos seus lugares respectivos.” In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Ibidem*, p. 317.

<sup>228</sup> “Cada ramo do governo servia ao povo soberano. Nenhum ramo poderia reivindicar-se como único representante do povo”. Tradução livre de: “*Each branch of government served the sovereign people. No branch could correctly claim to be the sole representative of the people.*” In: LEVI, Edward H. *Op. Cit.*, p. 375.

e não um monarca. É salutar a transcrição de passagem do capítulo 51, no qual disserta sobre técnicas de separação e equilíbrio entre os poderes:

Isso suposto e admitida a necessidade da rigorosa observância desse princípio, é necessário que as nomeações para as supremas Magistraturas Legislativa, Executiva e Judiciária saiam do povo, que é a fonte primitiva de toda a autoridade<sup>229</sup>

Essa concepção de que todos os poderes atuavam como representantes do povo juntamente com a constatação histórica de superioridade por parte do legislativo nas repúblicas, que findava por possibilitar o decréscimo da autoridade dos demais poderes, daria ensejo à necessidade de fragmentação do mesmo. Adviria, assim, de tal receio a criação do Senado, que seria nomeado pelos membros das assembleias estaduais e teria função de controlar eventuais maiorias parlamentares dos representantes do povo.<sup>230</sup>

Como ressaltado no capítulo anterior, para alguns autores, entre os quais Edward H. Levi<sup>231</sup>, o trabalho da convenção constituinte pode ser considerado como uma resposta ao anterior estabelecimento de uma espécie nociva de supremacia legislativa vivenciada no período posterior à independência. O autor e *Attorney General*<sup>232</sup> explica que o legislativo assumira desproporcional poder no sistema de tripartição dos diversos estados posteriormente ao processo de independência, tendo o governo estabelecido com a supremacia do legislativo se mostrado instável e prejudicial. O autor afirma que a supremacia do legislativo foi reconhecida como a “supremacia do

---

<sup>229</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Op. Cit.*, p. 317. Esclareça-se que tal construção não implicava que os membros da Suprema Corte seriam necessariamente indicados por voto direto do povo, como mais a frente explica.

<sup>230</sup> No mesmo sentido: BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. *Garantias de direitos e separação dos poderes*. No Brasil atual, o princípio da separação dos poderes opõe limites à garantia de direitos sociais pelo judiciário contra omissões do executivo? 224 f. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 71-73

<sup>231</sup> LEVI, Edward H. *Op. Cit.*

<sup>232</sup> Não há uma função equivalente no Brasil, como explica Luciana Carvalho Fonseca; “Seu cargo, em termos de hierarquia, corresponde ao de Ministro da Justiça, todavia, possui funções que no Brasil são exercidas pelo Procurador Geral da República e também pelo Advogado Geral da União”, In: FONSECA, Lúcia de Carvalho, *Os cargos de Attorney General, U.S Attorney e State Attorney, 2001*,. Disponível em; <http://www.migalhas.com.br/LawEnglish/74,MI137973,91041-Os+cargos+de+Attorney+General+US+Attorney+e+State+Attorney>. Acesso em: jan. 2018.

faccionismo e a tirania da maiorias eventuais”<sup>233</sup>, de modo que as sucessivas alterações legislativas causavam confusão sobre que leis estariam vigentes, acarretando em insegurança e mostrando-se contrária ao interesse de grande parte da população<sup>234</sup>.

Estabelecia-se que com a Constituição havia também a necessidade de prover maior equilíbrio aos poderes dada a indesejada experiência de algumas Constituições das antigas colônias América do Norte. Juntamente com a criação do Senado e o poder de veto concedido ao Executivo, que já fora previsto na teoria de Locke e reiterada por Montesquieu, a atribuição de papel de maior relevância ao Judiciário naquela distribuição de funções é, insofismavelmente, a pedra de toque da teoria da divisão de poderes existente na obra “O Federalista”<sup>235</sup>.

Ao passo que o judiciário não fora sequer propriamente separado do executivo ou legislativo na obra de Locke e havido Montesquieu, mesmo esse último tendo exercido função julgadora em tribunais franceses, considerandolhe um poder quase nulo, com papel de reproduzir a vontade das leis quando da resolução dos litígios individuais, a concepção em desenvolvimento na América do Norte trazia inovação importante, o Poder Judiciário possuía maior relevância no esquema de freios e contrapesos que se pretendia instalar.

Pode-se observar na teoria dos Federalistas, a existência de um Judiciário não submisso a qualquer dos outros ramos e com poder para invalidar legislações estaduais, cuja função revelava-se de central importância aos planos federalistas<sup>236</sup> como forma de efetivar a autoridade do poder central sobre os cidadãos e os Estados, como exposto no capítulo anterior. O documento resultante das convenções constituintes, atual Constituição americana, inaugurava um modelo federativo republicano, no qual treze Estados, anteriormente independentes, uniam-se na formação de um governo central, cuja autoridade da União também precisava ser sentida por todos os

---

<sup>233</sup> In: LEVI, Edward H. *Op. Cit.*, p. 375.

<sup>234</sup> In: LEVI, Edward H. *Op. Cit.*, p. 375.

<sup>235</sup> WEFFORT, Francisco C. *Op. Cit.*, p. 251-252.

<sup>236</sup> Edward H. Levi ressalta o mesmo ponto que foi estabelecido no primeiro capítulo, o Judiciário, outrora alvo de desconfiança por parte da população passava a ser visto como baluarte contra a tirania. In: In: LEVI, Edward H. *Op. Cit.*, p. 371-391; p. 378.

homens de todos os Estados-membros, como pode ser observado na passagem a seguir transcrita:

A majestade da autoridade nacional deve manifestar-se pelo exercício do poder Judiciário. O governo da União, do mesmo modo que o de cada Estado, deve estar em muito direta correspondência com as esperanças e com os temores dos indivíduos; deve interessar em sua defesa, aquelas paixões, cujo efeito sobre o coração dos homens é mais poderoso; deve, para o exercício do poder que lhe é confiado, ter todos os meios, e ser autorizado a empregar todos os recursos que os governos dos Estados particulares possuem e empregam. [...]

Se os juízes não conspirarem com a legislatura, hão de declarar que as decisões da maioria são contrárias à lei do país, inconstitucionais e nulas.<sup>237</sup>

Desta feita, a própria coesão e a força da União dependiam, na concepção dos adeptos do federalismo, de atribuição de um papel de relevância ao Judiciário, cujo papel de poder de aplicar a lei federal em detrimento de eventual legislação estadual contrária seria um dos pilares da organização federal concebida na Constituição. O Poder Judiciário teve sua organização institucional, funções e garantias discutidas em vários dos artigos, sendo possível observar em Hamilton, no capítulo 78, a concepção de tal Poder como o que teria a função de guardar a constituição, que era considerada autêntica manifestação da vontade popular. Como se observou no capítulo primeiro, a teoria de Hamilton teria servido como inspiração para o *Chief Justice* John Marshall no paradigmático julgamento *Madison v. Marbury*, em 1803, quando fundou as bases modernas para o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis<sup>238</sup>.

Como foi exposto no primeiro capítulo, a possibilidade do *judicial review* foi matéria de discussão da Convenção da Filadélfia, tendo chegado a ser proposto um sistema misto de controle de constitucionalidade com participação do Executivo e do Judiciário no exercício do *check* no exercício do Poder Legislativo não se podendo, assim, assumir que a posição de Hamilton exposta ainda ao final das convenções seria unanimidade entre os três autores dos *Federalist Papers*.

---

<sup>237</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, *Op. Cit.*, p.101 - 102.

<sup>238</sup> No mesmo sentido: WEFFORT, Francisco C. *Op. Cit.*, p. 252.

Assim, a Constituição americana inaugurava um complexo modelo de freios e contrapesos, havendo previsão de controles recíprocos entre os poderes como forma de manter a independência de cada um deles, ressaltando-se a supracitada tendência de limitar o poder legislativo, mas concedendo, ineditamente, um poder diferente ao Judiciário. Nesse complexo sistema, por exemplo, o Executivo tinha o poder de veto, o Legislativo o de fiscalizar os demais poderes e de decidir pelo *impeachment* do presidente ou de membros da Suprema Corte, enquanto o Judiciário, considerado, à época, o poder menos perigoso, poderia invalidar os atos dos demais poderes.<sup>239</sup>

Como intentou-se explanar no primeiro capítulo, a versão do controle de constitucionalidade dos Federalistas, que delegava grande confiança ao Judiciário em razão da sua menor força quando comparada com os outros ramos, restou confirmada como o meio de controle do Judiciário sobre o Legislativo e o Executivo, consolidando, de maneira definitiva, o sistema de freios e contrapesos no qual todos os poderes exerciam limitações recíprocas aos demais. Essa inovadora divisão de atribuições dos poderes pode ser considerada um marco no constitucionalismo, uma vez que tentava estabelecer uma nova forma de equilíbrio, como ressalta Vile:

A divisão de função entre agentes do governo que vão exercer um controle mútuo uns sobre os outros, apesar de serem eleitos, direta ou indiretamente, pelo mesmo povo, é uma única contribuição americana à moderna teoria constitucional.<sup>240</sup>

A matriz do constitucionalismo estadunidense e seu desenvolvimento com os posteriores julgados da Suprema Corte findou por estabelecer o Poder Judiciário como independente, estabelecendo uma posição de, no mínimo, igualdade para com o Executivo e o Legislativo, conferindo-lhe ainda uma posição estratégica importante no sistema de freios e contrapesos, com a

---

<sup>239</sup> COSTA, Luciana da Silva. *A revisitação do princípio da separação de poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira*. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

<sup>240</sup> Tradução livre de: “*The division of functions between agencies of government who will exercise a mutual check upon each other although both are elected, directly or indirectly, by the same people, is a unique American contribution to modern constitutional theory*” in: VILE, M. J. C. *Op. Cit.*, p.111.

função de controlar a constitucionalidade das leis e os atos do Poder Executivo representando, portanto, um marco no constitucionalismo e demonstrando que a teoria da separação dos poderes não é algo estanque ou imutável, havendo variados desenvolvimentos na adoção de tal princípio ao longo da história.

Entretanto, como se sabe, a atribuição do poder de fiscalizar a um determinado órgão tenderá a acarretar um sistema em que sejam presentes a suprallegalidade e a rigidez constitucional, em posição privilegiada de tal órgão. Assim, a teoria da tripartição de poderes adotada nos Estados Unidos foi objeto de crítica por Jefferson, ainda no século XIX, que vislumbrava uma impossibilidade de controle efetivo sobre os atos da Suprema Corte, pois o sistema adotado acabava por privilegiar a função do Judiciário, que podia findar por se tornar o único intérprete da Constituição<sup>241</sup>.

Em tal contexto, a própria posição dos Federalistas pode ser evocada para explicar que o poder de fiscalizar a constitucionalidade dos atos dos demais poderes não implicava no entendimento de que o Judiciário pode se colocar em posição de superioridade ao Executivo ou Legislativo, como se transcreve a seguir:

Algumas dúvidas se têm suscitado sobre o direito atribuído aos tribunais de justiça de declarar nulos, como contrários à Constituição, atos do corpo legislativo; porque se pensa que de semelhante doutrina resultaria a superioridade do Poder Judiciário sobre a legislatura, visto que uma autoridade não pode declarar nulos os atos de outra sem que lhe seja necessariamente superior.  
[...] Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são.<sup>242</sup>

É importante salientar que o complexo sistema de equilíbrio entre os ramos do governo desenvolvido pelos federalistas atribuía ao Judiciário pouco risco de usurpação do poder, pois era o Poder “menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la”<sup>243</sup>, haja vista que, inclusive, dependia do socorro do Executivo para conferir eficácia aos seus

---

<sup>241</sup> BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. *Op. Cit.*, p. 72-77.

<sup>242</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Op. Cit.*, p. 459-460.

<sup>243</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Op. Cit.*, p. 458.

atos. Ressaltavam ainda que o Judiciário dificilmente poderia tentar afrontar os rivais, pois poderia ser até subjugado pela influência destes.

Em conclusão, o Poder Judiciário assumiu inegável posição de relevância no processo de constitucionalização norte-americano, possuindo papel de destaque no sistema de freios e contrapesos concebido para que os próprios poderes se limitassem. Tal ascensão é vista sobretudo quando comparado o papel do Judiciário ao modelo de supremacia do parlamento desenvolvido em Locke ou do judiciário “quase nulo” de Montesquieu.

Os principais teóricos do modelo prevalecente da Constituição defenderam expressamente a função de fiscalizar a constitucionalidade das leis, mas, como se pode concluir da leitura integral dos artigos federalistas não se concebia uma posição de supremacia ao Judiciário, sendo possível entender que não era concebido pelos autores a função de interpretar a constitucionalidade das leis, uma prerrogativa que poderia colocar em xeque o complexo sistema de freios e contrapesos, tal como posteriormente apontado nas críticas de Jefferson.

Quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela mesma natureza das suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la. O Poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem força e sem vontade, apenas lhe compete juízo; e esse só deve a sua eficácia ao socorro do Poder Executivo.

[...]Já essa simples observação nos habilita a estabelecer os princípios seguintes: 1º) que o Poder Judiciário é sem questão alguma o mais fraco dos três; 2º) que, por isso mesmo, não pode atacar nenhum dos dois outros com boa esperança do resultado; 3º) que é preciso dar-lhe todos os meios possíveis para poder defender-se dos outros dois (garantias do Judiciário). Segue-se mais: que ainda que os tribunais de justiça possam, algumas vezes, excitar algum ato de opressão individual, nunca podem pôr em perigo a liberdade geral, ao menos enquanto o Poder Judiciário estiver convenientemente separado dos outros dois. [...] como, pela sua fraqueza natural, o Poder Judiciário está sempre em perigo de ser intimidado, subjugado ou seduzido pela influência dos poderes rivais.<sup>244</sup>

---

<sup>244</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Op. Cit.*, p. 458.

Na verdade, a carta de James Madison transcrita por Kramer<sup>245</sup> torna possível compreender uma noção de que cada poder seria responsável interpretação da Constituição no exercício de suas funções, devendo subsistir uma relação coordenada entre os Poderes na interpretação constitucional e, quando houvesse conflitos, a solução seria dada casuisticamente, havendo de se ressaltar a vantagem que cada um deles, havendo uma tendência ao pronunciamento judicial ser mais aceito em razão das suas qualidades e peculiaridades.

Kramer<sup>246</sup> explica que Madison era um departamentalista, daí porque sustentar a necessidade de criação de um conselho formado de Judiciário e Executivo ainda durante as convenções constituintes. O departamentalismo consiste em posição teórica que se configura por reconhecer em cada uma das três funções o poder de interpretar a Constituição.

De acordo com a teoria departamentalista, que é uma das posições que criticam a supremacia judicial, as interpretações do Judiciário podem ser persuasivas ou adequadas, mas sem implicar que a corte possua uma autoridade superior aos demais para dizer o significado da Constituição. Em tal teoria, o Judiciário seria apenas mais uma das instituições que colaborariam na interpretação da Constituição, sem contudo poder impor sua versão da Carta aos demais poderes, que teriam sua respectiva legitimidade para fazê-lo.<sup>247</sup>

O posicionamento exposto por Jefferson em carta escrita em 1804, segundo o qual a supremacia judicial poderia tornar o Judiciário em um poder despótico pode elucidar que os *framers* não conceberam a supremacia judicial como um consectário lógico do *judicial review*.<sup>248</sup> Pelo contrário, diante do que foi exposto da teoria federalista, pode-se conceber que os autores rejeitavam a concentração de poder e que certamente não desejariam a superioridade de um sob os demais.

---

<sup>245</sup> KRAMER, Larry D. The people themselves... *Op. Cit.* Ebook

<sup>246</sup> KRAMER, Larry D. The people themselves... *ibidem*.

<sup>247</sup> BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. *Op. Cit.*, p. 72-77.

<sup>248</sup> BERMAN, José Guilherme. *Controle Fraco de Constitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2014. p.195

### 3. O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE E O DESEQUILÍBRIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

Anteriormente à ascensão e derrocada dos regimes totalitários que culminaram na Segunda Guerra, os modelos de constitucionalismo nos quais vigoravam a supremacia do parlamento eram predominantes, mesmo em Estados nos quais havia constituição escrita e dotada de procedimento específico para sua modificação. Nesse contexto de confiança na legitimidade democrática da população não é estranho afirmar que havia preeminência do princípio da legalidade sobre a constitucionalidade.<sup>249</sup>

Com a mudança de paradigma dos direitos humanos no pós Segunda Guerra, tornou-se evidente a necessidade de conter maiorias abusivas em razão da falha dos regimes de supremacia parlamentar em prevenir movimentos totalitaristas.<sup>250</sup> Um dos fundamentos tradicionalmente feitos é, portanto, que as instituições democráticas também poderiam vincular direitos humanos fundamentais.

Assim, a pretensão de se conferir efetividade ao texto constitucional e a necessidade de se proteger os indivíduos contra as injustiças parlamentares à luz de direitos fundamentais instituídos em constituições superiores, deu início a um processo de intensa transformação na Jurisdição Constitucional em todo o mundo, resultando em mecanismo de importância singular para o Direito Constitucional em toda Europa que também foi implantado no Brasil com influências próximas de Portugal e Espanha<sup>251</sup>. Em tal contexto, logo após a Segunda Guerra, as constituições de Itália e Alemanha instituíram Cortes Constitucionais como legítimas defensoras da ordem constitucional, inspiradas

---

<sup>249</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Op. Cit.*, p. 6 e 7.

<sup>250</sup> GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge Univ. Press. 2013. Posição 145 de 7243.

<sup>251</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 3-15 e 22-26; DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 225; e SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol.06, nº02, p. 119-161, 2013. p. 119-121.

no modelo austríaco de controle elaborado por Hans Kelsen<sup>252</sup>, posteriormente disseminado em grande parte do mundo ocidental.<sup>253</sup>

Favoreu<sup>254</sup> aponta razões históricas para adoção do modelo kelseniano no pós-guerra como sendo uma resposta aos regimes totalitários e às inúmeras falhas dos ordenamentos jurídicos que comportaram, camuflados sob a pecha da legalidade e do mito da infalibilidade do legislador, gravíssimas violações aos direitos humanos. A solução de implantação dos tribunais constitucionais intentava conferir efetividade e devida rigidez à constituição que, como norma fundamental, garantidora da democracia e dos direitos individuais, deveria ser resguardada de influxos majoritários temporários<sup>255-256</sup>.

Nos Estados Unidos, o cenário era deveras diferente, o controle de constitucionalidade que surgira timidamente no século XIX, passava a tomar grandes proporções desde o início do século XX, havendo sofrido inclusive ameaças diretas dos demais Poderes que esboçaram até reações para alteração da composição da Suprema Corte na tentativa de frear a atividade contrária aos interesses políticos.

Com efeito, a partir da segunda metade do século XX, a *Supreme Court* iniciou um processo de consolidação na posição de supremacia na atribuição do sentido da Constituição e a discussão acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade tomou maiores proporções. Tal período foi rotulado como um tempo de forte ativismo judicial exercido pela *Supreme Court* daquele país, sobretudo na implementação de direitos fundamentais, com importantes decisões que marcaram início do fim da segregação racial. É em tal cenário que surgiu a chamada teoria da dificuldade contramajoritária, expressão criada por Alexander Bickel<sup>257</sup>, que se reportava a uma possível dificuldade advinda

---

<sup>252</sup> Embora ambas as constituições remontem à segunda metade da década de 1940, as leis que regulamentaram os tribunais só foram promulgadas na década de 50.

<sup>253</sup> Rodrigo Brandão classifica em ondas de surgimento da jurisdição constitucional, tendo a primeira onda surgido nos Estados Unidos, com o julgado de John Marshal e a segunda onda sendo exatamente o período aqui mencionado, referente ao pós Segunda Guerra. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 6.

<sup>254</sup> FAVOREU, Louis. *Op. Cit.* p. 22-26.

<sup>255</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 40-41 e 243-246

<sup>256</sup> Raul Machado Horta reporta-se especificamente às constituições da Alemanha e Itália como precursoras de uma nova tendência do constitucionalismo europeu, *in*: HORTA, Raul Machado. *Op. Cit.*, p. 224.

<sup>257</sup> BICKEL, Alexander M. *Op. Cit.*

da faculdade de o Poder Judiciário impor sua autoridade perante os demais Poderes, comprometendo o princípio democrático, que seria um instrumento fundamentador da atuação do Estado na Constituição dos Estados Unidos.

O questionamento de Bickel reporta-se ao caráter eminentemente democrático existente na Constituição, que poderia ser suprimido pelo Judiciário, esse notadamente com menor legitimidade democrática, haja vista a ausência de representatividade pela via eleitoral direta. Friedman explica que a Suprema Corte, ainda na primeira metade do século XX, manifestara-se expressamente em pelo menos um de seus julgados (caso conhecido por *Carolene Products*), que o papel do controle pela via judicial, ou seja a própria Corte, serviria para salvaguardar direitos especificamente enumerados, proteger as minorias e corrigir falhas do processo político<sup>258</sup>, evidenciando um contexto histórico que certamente influenciou a obra de Bickel e sucessores.

A ampla atuação da corte Warren, classificada como um período de intenso ativismo judicial<sup>259-260</sup> suscitou debates acerca da legitimidade de um órgão não eleito democraticamente para exercer o controle das leis, que seriam o produto de entendimento firmado por uma maioria escolhida democraticamente pelo povo para representá-la.

Como leciona Ivo Dantas<sup>261</sup>, o texto constitucional, representa a consagração da ideologia da sociedade em um dado momento histórico: a Constituição equivale ao seu documento fundante, expressão maior dos desejos do povo em si, apta, inclusive, a legitimar o controle de constitucionalidade dos demais Poderes e, portanto, permitindo a limitação do legislativo mesmo quando compõem eventuais maiorias parlamentares. Entretanto, o cerne da problemática aqui tratada é que, como consta em mais uma lição do Professor Ivo Dantas, ao se confiar a qualquer um dos Poderes a competência para controlar e defender a constituição, conferir-se-ia, também,

---

<sup>258</sup> FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Nova York: Farrar, Straux and Giroux, 2009.

<sup>259</sup> *Ibidem*. p. 355. Friedman considera a Corte Warren como a primeira corte progressista dos Estados Unidos, tendo abordado questões sensíveis à sociedade norte-americana.

<sup>260</sup> Faz-se importante ressaltar o trabalho de Flávia Santiago Lima, no qual se propõe a classificar as atividades da Suprema Corte norte-americana, demonstrando a alternância entre períodos de autocontenção e o ativismo judicial. LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição Constitucional e Política – Ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014

<sup>261</sup> DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo... Op. Cit.*, p. 207-209

uma posição de superioridade em relação aos demais<sup>262</sup>, uma vez que a atividade indiscriminada do controle pode acarretar em situação de desequilíbrio, causando problema à organização harmônica entre os Poderes, um dos pressupostos para o funcionamento do Estado de Direito.

No mesmo sentido, Paulo Bonavides<sup>263</sup> afirma que deter a palavra final em determinar o que é ou não constitucional, a capacidade de definir o próprio teor da Constituição, enseja a primazia de qualquer um dos Poderes que possuem tal prerrogativa, nesse sentido:

[...] o controle acarreta dificuldades consideráveis, em razão de conferir ao órgão incumbido de seu desempenho um lugar que muitos têm como privilegiado, um lugar de verdadeira preeminência ou supremacia, capaz de afetar o equilíbrio e igualdade constitucional dos Poderes.

Nesse diapasão, faz-se necessário, ademais, entender e adaptar a discussão da dificuldade contramajoritária havida nos Estados Unidos, o que possibilita uma análise posterior do contexto brasileiro, no qual a Constituição Federal é analítica, consagradora de um grande número de garantias e direitos individuais, diferenciando-se, assim, da Constituição estadunidense, eminentemente liberal e sintética, fruto do período em que foi elaborada<sup>264-265</sup>.

Há ainda que se destacar o fato de que a democracia estadunidense nunca restou suprimida por regimes totalitários, ao contrário do Brasil, bem como significativa parte dos países da América-latina e também da experiência das nações europeias. Não se desconhece, assim, que tal peculiaridade dos Estados Unidos certamente pode ter contribuído para o surgimento de teorias permissivas e até encorajadoras da concessão de um maior espaço para a

---

<sup>262</sup> DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo...* Op. Cit., p. 230.

<sup>263</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 297.

<sup>264</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia... Op. Cit., p. 122-123.

<sup>265</sup> É interessante a percepção sobre o fenômeno do constitucionalismo norte-americano como sendo eminentemente elitista de Roberto Gargarella. In: GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al Gobierno*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. p. 67-69

tomada de decisões por meio do processo legislativo, intentando minorar sobremaneira o papel da atividade da Suprema Corte<sup>266</sup>.

Não se desconhece objeções à existência da chamada dificuldade contramajoritária, Barry Friedman, talvez um dos teóricos mais críticos à chamada dificuldade contramajoritária, sustenta que a atividade contramajoritária da Suprema Corte, tal qual propagada e desenvolvida a partir da obra de Bickel, não seria uma autêntica dificuldade. Diante disso, a atividade da Suprema Corte seria amplamente aceita pela generalidade da população, ressaltando que a Corte teria *accountability* perante o povo. Com tal afirmação, Friedman sustenta que grande parte dos autores que se dedicam à dificuldade contramajoritária estariam baseados na premissa nem sempre verdadeira de que a jurisdição constitucional atuaria contra a vontade da maioria popular. O autor adota uma abordagem que intenta descobrir a real intenção do povo e não apenas de seus representantes, concluindo que: “Para responder a esta pergunta [se o *judicial review* é realmente um instituto contramajoritário], precisamos saber até que ponto as decisões da Suprema Corte realmente se distanciam/desviam da opinião popular”<sup>267</sup>.

O questionamento de Friedman sobre a repercussão das atividades da Suprema Corte na sociedade americana foi feito em 2002 e em 2009 o autor em sua obra *The Will of the People* aparentemente consolidou o entendimento de que o *judicial review* seria muito mais conectado aos anseios populares do que os teóricos concebiam, ressaltando que:

Apesar das persistentes reclamações dos críticos, o *judicial review* nunca foi a fonte do problema. Apenas reflete (e talvez exacerba) isso. Em uma democracia constitucional, os direitos das minorias estão entrando em colisão com o governo da maioria, se há juízes para dizer ou não.<sup>268</sup>

---

<sup>266</sup> Confira-se as críticas de Jeremy Waldron, que questiona como se poderia garantir que as deliberações de alguns poucos membros do Judiciário seriam necessariamente melhores do que as de vários representantes do povo em assembleia. In: WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

<sup>267</sup> Tradução livre de: “*In order to answer this question we need to know the extent to which Supreme Court decisions actually do deviate from popular opinion.*” In: FRIEDMAN, Barry. *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five. The Yale Law Journal*, New Haven, v. 112, n. 2, p. 153-259, 2002. p. 257.

<sup>268</sup> FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Nova York: Farrar, Straux and Giroux. 2009. Ebook.

Por fim, Friedman ressalta que o povo é, na prática, a última instância decisória sobre o sentido da Constituição, os julgadores necessariamente estabeleceriam um tipo de diálogo com o povo para extrair da Constituição os valores mais fundamentais dos norte-americanos, sendo muito mais frequente que as invalidações da Suprema Corte sirvam para impor a vontade do povo do que invalidá-las.<sup>269</sup> Isto é, haveria um déficit de representatividade na atuação do legislativo que nem sempre estaria apto a atuar na representação do interesse do povo, muitas vezes se guiando por interesses próprios cujo controle seria possível através do *judicial review*.

Para o autor, a própria Suprema Corte já teria percebido como o fator opinião popular e, parafraseando a *Chief Justice* Sandra O'Connor<sup>270</sup>, afirma que a Suprema Corte não teria exércitos para impor sua decisão e, por isso, o Judiciário dependeria sempre da confiança do povo nos atos da Corte, de modo que o trabalho deveria ser realizado com máxima correção e integridade para construir a confiança popular nos atos da Corte. Indo além, Friedman ressalta que as pesquisas constantemente apontariam para a sincronia da posição da Corte e da população, bem como a satisfação majoritária com as decisões tomadas<sup>271</sup>, o que do ponto de vista não normativo seria mais um fator que elidiria a chamada contramajoritariedade da atuação da Corte.

Na série de cinco artigos nos quais reconstrói a história da dificuldade contramajoritária<sup>272</sup>, a conclusão de Friedman é no sentido de que o cerne do debate teórico, da chamada obsessão na academia, nos Estados Unidos não seria necessariamente relacionado com a dificuldade contramajoritária em si. Na verdade, estaria muito mais vinculada à preocupação com a indeterminação

---

<sup>269</sup> FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People... Op. Cit.*

<sup>270</sup> Sandra Day O'Connor foi a primeira mulher a integrar a Suprema Corte e se aposentou em 2006.

<sup>271</sup> FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People... Op. Cit.*

<sup>272</sup> Os artigos foram publicados em várias revistas diferentes, ao longo de quase 15 anos e se chamam de *The History of the Counter-majoritarian Difficulty*, divididos em cinco partes, são acessáveis através da página do perfil do professor no endereço da Faculdade de Direito de Nova York: <<http://www.law.nyu.edu>>

do direito<sup>273</sup> e não com a problemática majoritária especificamente, nesse sentido:

O que ocupou a academia - pelo menos até recentemente - é provavelmente o que ocupou os críticos do direito no meio do século: uma preocupação com a indeterminação da lei e da legitimidade do *judicial review*, mesmo quando aprovam (o *judicial review*). Essas preocupações foram envolvidas no conceito de contramajoritária simplesmente por ser (um termo) familiar. [...] Isso soa, não podemos deixar de observar, notavelmente como os críticos da Era Progressista da Corte, e - como deve ser agora aparente - é algo bem diferente do que Bickel e seus contemporâneos estavam enfrentando.<sup>274</sup>

O argumento de Friedman é de que grande parte das críticas formuladas ao longo da segunda metade do século XX se apropriaram indevidamente do termo dificuldade contramajoritária para expressar problemáticas muito diferentes daquelas traçadas por Alexander Bickel, estando tais críticas pós-Bickel vinculadas, sobretudo, em relação à indeterminação do direito.

A observação do jurista norte-americano não pode ser ignorada e, embora com outras palavras, as lições de Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto sobre o que se entende por dificuldade contramajoritária apontam à compreensão da indeterminação do direito, da vagueza e da abertura das normas constitucionais, como apenas mais um dos fatores que contribuem para a existência do problema, nesse sentido:

A dificuldade contramajoritária não reside tanto no fato de as constituições subtraírem do legislador futuro a possibilidade de tomar decisões importantes. O cerne do debate está no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura e boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que elas entrem em colisões, quem as interpreta e aplica também participa do seu processo de criação. Daí a crítica de que a jurisdição constitucional

---

<sup>273</sup> Essa parece ser uma das preocupações de Lenio Streck, ao afirmar que a ausência de parâmetros decisórios íntegros na jurisdição constitucional brasileira representam uma dificuldade do sistema constitucional, *in*: STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>274</sup> Tradução livre de: “*What has occupied the academy—at least until recently—is likely what occupied mid-century’s judicial critics: a concern about the indeterminacy of law, and the legitimacy of judicial review even when they approve of it. These concerns have been wrapped in countermajoritarian language merely because it is familiar. [...] This sounds, one cannot help but note, remarkably like Progressive Era critics of the Court, and—as should now be apparent—is something quite different than what Bickel and his contemporaries were struggling with*” *In*: FRIEDMAN, Barry. *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five... Op. Cit.* p. 256.

acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite molda a constituição de acordo com suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas adotadas pelo legislador eleito. Esta visão levou inúmeras correntes de pensamento ao longo da história a rejeitarem a jurisdição constitucional, ou pelo menos o ativismo judicial no seu exercício.<sup>275</sup>

O termo dificuldade contramajoritária remete à tensão entre o constitucionalismo e a democracia, podendo abranger o mencionado conflito entre os anseios da sociedade e as decisões proferidas em controle jurisdicional de constitucionalidade. É possível abordar a atuação contramajoritária do judiciário sob um prisma eminentemente normativo, qual seja sua repercussão no equilíbrio dos poderes, isto é, como justificar que o controle de constitucionalidade consiste na possibilidade de o judiciário controlar os atos emanados diretamente pelos representantes do povo, limitando, inclusive, suas ações futuras.

Desta feita, ainda que o termo dificuldade contramajoritária tenha surgido em um contexto específico, pouco tempo após o paradigmático julgado *Brown v. Board of Education*, em 1954, a expressão, como apontam Sarmiento e Souza Neto, poderia também ser utilizada para abordar a tensão entre constitucionalismo e democracia. Os autores brasileiros explicam que “a relação entre jurisdição constitucional e democracia envolve uma *tensão sinérgica*”<sup>276</sup>.

No mesmo sentido, Frank Michelman explica que a missão de conciliar o princípio democrático com o controle de constitucionalidade parece ser o grande paradoxo teórico da democracia constitucional, um desafio possivelmente eterno da teoria constitucional norte-americana<sup>277</sup>, remetendo-se especificamente ao termo cunhado por Bickel para tratar a problemática.

Nos itens a seguir, expõem-se as origens do debate na academia norte-americana, um antecedente remoto e os marcos da obra *The least dangerous Branch*, de Alexander Bickel que fomentou grande parte dos debates acerca da dificuldade contramajoritária.

---

<sup>275</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Op. Cit.*, p. 36.

<sup>276</sup> SARMENTO, Daniel; e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Ibidem*, p. 36.

<sup>277</sup> MICHELMAN, Frank I. *Brenann and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999. p. 4-6.

### 3.1 BRADLEY THAYER, UM ANTECEDENTE DA TEORIA DA DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

Alexander Bickel<sup>278</sup>, durante a década de 1960, cunhou o termo dificuldade contramajoritária para se referir à problemática relação entre o controle de constitucionalidade e a anulação dos atos proferidos por representantes da vontade popular. O autor considerava haver uma possível incompatibilidade em conciliar a democracia com o controle de constitucionalidade. Bickel, no entanto, não advogava a necessidade de abolir o *judicial review*, mas tentava, na verdade, estabelecer um método para conciliar o controle de constitucionalidade e o princípio da vontade da maioria que julgava ser uma das premissas basilares do sistema constitucional norte-americano.

A preocupação de Bickel era, pois, conciliar o princípio majoritário com o controle de constitucionalidade, haja vista a dificuldade advinda da possibilidade de o Poder Judiciário, notadamente com menor legitimidade democrática, impor sua autoridade perante os demais Poderes, o que poderia comprometer, na visão do autor, o desenvolvimento do processo de tomada de decisões típicos da democracia<sup>279</sup>. Não obstante à crítica, reitera-se que embora entendesse o *judicial review* como uma instituição problemática (o termo utilizado é desviante<sup>280</sup>) no contexto da democracia, o autor justificaria a legitimidade do controle e a atuação do Judiciário "como um procedimento para a inserção no governo representativo de um sistema de valores básicos duradouros"<sup>281</sup>.

---

<sup>278</sup> BICKEL, Alexander M. *Op. Cit.*

<sup>279</sup> Este problema, chamado como dilema de Madison (*Madisonian Dilemma*) por Bork seria uma das bases do constitucionalismo americano, do sistema concebido por Madison, pois embora os Estados Unidos tenham sido fundado tendo como primeiro princípio o do auto-governo, através da representação democrática, o segundo princípio seria de que as minorias teriam que ser livres até de deliberações da maioria resultando numa infundável tensão hoje chamada como tensão entre constitucionalismo e democracia. In: BORK, Robert H.. *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. New York: First Touchstone Edition, 1991, p. 139.

<sup>280</sup> O termo utilizado por Bickel é *deviant*, sendo desviante uma tradução literal, mas que deve ser entendido no contexto de problemático.

<sup>281</sup> Tradução livre de: "*as a process for the injection into representative government of a system of enduring basic values*". In: BICKEL, Alexander M. *Op. Cit.*, p. 56

Apesar da nomenclatura específica, dificuldade contramajoritária, ter sido cunhada por Bickel somente em 1962, a preocupação com a dificuldade de conciliar a atuação dos órgãos com representatividade democrática e o controle de constitucionalidade remonta, pelo menos, ao século XIX com as observações de Thomas Jefferson sobre os riscos da atuação da *Supreme Court*. Isso concerne, sobretudo, ao equilíbrio entre os poderes, ainda nas primeiras décadas do século, e, posteriormente com Thayer, já na segunda metade dos anos 1800, com enfoque no possível desprestígio que poderia acarretar para o Poder Legislativo<sup>282</sup>.

Na segunda metade do século XIX, as lições de James Thayer<sup>283</sup>, cujas obras influenciaram a atuação da Suprema Corte até o início do século XX, evidenciam também o receio para com a possibilidade de uma atividade expansiva da Suprema Corte. Thayer, vislumbrando possível conflito entre os Poderes em razão da atividade de controle, pressupôs a necessidade de uma postura relacionada à autocontenção da Suprema Corte em suas atividades como elemento fundamental do *judicial review*.

Assim, o jurista do século XIX defendeu que, em homenagem à repartição constitucional de competências e ao desenvolvimento do processo democrático de tomada de decisões, a atividade de controle pelo Poder Judiciário somente deveria ocorrer em casos de inconstitucionalidade flagrante, a denominada regra do erro claro (*clear mistake*) posteriormente enfatizada por Alexander Bickel. Havia, para o notório jurista do século XIX, a necessidade de máxima deferência às escolhas aceitáveis do Legislativo, sob pena de malferir todo o diagrama da repartição de Poderes.

Ainda na segunda metade do século XIX, Thayer já apontava que um eventual aumento de interferência do Judiciário nas instâncias de deliberação democrática poderia implicar - além do apontado desequilíbrio entre as funções - em desqualificação da própria atividade do legislador, na medida em que poderia ensejar uma atividade legislativa descuidada enquanto no exercício da

---

<sup>282</sup> THAYER, James Bradley. *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*. Boston: Little, Brown, and company. 1893. Disponível em: <<http://lcweb2.loc.gov/service/gdc/scd0001/2007/20078131004or/20078131004or.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>283</sup> THAYER, James Bradley. *Ibidem*, Acesso em: 14 out. 2015.

sua função própria de observar a constitucionalidade. Segundo Thayer, o depósito da confiança nos juízes possibilitaria uma espécie de atrofiamento cognitivo no exercício da atividade pelos próprios legisladores, uma vez que passariam a não ter tanta cautela ou reserva no ofício, pois a eventual inconstitucionalidade sempre estaria sujeita ao controle judicial e, seus erros seriam, pois, sanáveis.

Para Thayer, o texto constitucional permitiria diversas interpretações e todos os poderes com representatividade democrática seriam concorrentemente legitimados para fazer a tomada de decisões políticas na definição do sentido da constituição, de maneira que não caberia ao Judiciário o papel de escolha quando diante de uma questão suscetível de imprecisão no texto constitucional. Portanto, para Thayer, quando se apresentassem situações em que fosse possível uma margem de escolha, o Tribunal deveria se resguardar em deferência à opção do legislador, representante do povo e com atribuições constitucionais próprias.

Pode-se, enfim, resumir a contribuição de Thayer nos seguintes termos: ainda que parecesse errada a opção feita pelos representantes democráticos, a Suprema Corte somente deveria intervir em casos de erros claros. Como menciona o próprio autor, o controle deveria se dar quando os vícios de inconstitucionalidades fossem “tão claros que indiscutíveis ao debate racional”<sup>284</sup>.

Em tal contexto, a Suprema Corte americana teve uma atuação pouco significativa no âmbito do controle de constitucionalidade durante a maior parte do século XIX. O maior caso de controle após *Marbury v. Madison* foi o *Dred Scott case*, julgado esse objeto de muitas críticas, como mencionado anteriormente, pois exerceu interpretação extremamente conservadora ao passo que limitava o legislador estadual em campo que muitos achavam ser de competência dos estados.

As primeiras décadas do século XX, no entanto, revelaram uma Suprema Corte diferente, com relevante exercício do *judicial review*, resultando em maior impacto decorrente de decisões judiciais no dia a dia dos

---

<sup>284</sup> THAYER, James B. *op. cit.* p. 16-18. A ideia de erro claro (*clear mistake*) é reproduzida por Bickel, que, contudo, não se limita a esta.

americanos. Esse exercício da jurisdição constitucional mais frequente acabou por atrair uma crescente atenção da doutrina para o tema que é, atualmente, objeto de discussão em vários países e considerado como uma autêntica obsessão na academia norte-americana<sup>285, 286</sup>

### 3.2 A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA NA OBRA DE ALEXANDER BICKEL: UMA TEORIA DE DEFESA À PRÁTICA DO *JUDICIAL REVIEW*

Alexander Bickel pode ser considerado o inaugurador dos debates modernos sobre a dificuldade contramajoritária, dando início à problemática com a obra *The Least Dangerous Branch*, cuja tradução literal seria O menos perigoso dos Poderes, em clara menção ao trabalho dos federalistas, que atribuía a função do controle de constitucionalidade ao Judiciário por considerá-lo o menos perigoso dos três, com menos possibilidade de usurpar o Poder<sup>287</sup>.

O autor delimita o problema por ele denominado como dificuldade contramajoritária em termos simplificados, mas precisos, logo no início de sua exposição, ao afirmar que “A base da dificuldade é que o *judicial review* é uma força contramajoritária em nosso sistema”<sup>288</sup>.

A premissa adotada por Bickel era a de que todo o sistema constitucional americano se fundava na ideia de legitimação democrática, que implicaria num sistema de governo representativo da vontade da maioria<sup>289</sup>. Em tal cenário, quando as cortes exerciam o controle de constitucionalidade invalidando as decisões dos outros Poderes, haveria uma atuação que conflitaria com a premissa basilar do sistema democrático, pois a Suprema

---

<sup>285</sup> O termo obsessão acadêmica é uma marca do trabalho de Barry Friedman, que explica a contingência da dificuldade contramajoritária em série de cinco artigos sobre a história da dificuldade contramajoritária.

<sup>286</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia... *Op. Cit.*, p. 122-123

<sup>287</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Op. Cit.*, p. 458.

<sup>288</sup> Tradução livre de “*The root difficulty is that judicial review is a conter-majoritarian force in our system*”. Em: BICKEL, Alexander. *Op. cit.* p. 16.

<sup>289</sup> É importante ressaltar que o autor reconhecia a existência de outros órgãos técnicos cuja nomeação se dava por indicação dos representantes do povo, como o *Federal Reserve* e outros que podiam impactar diretamente na vida dos americanos, mas que tais órgãos teriam natureza eminentemente técnica e não política, bem como podiam ter a composição alterada com a modificação dos representantes, havia uma espécie de *accountability*. A grande ênfase na problemática do exercício do *judicial review* é sua direta relação com o Executivo e Legislativo, Poderes que simbolizariam representativamente a vontade popular. In: BICKEL, Alexander. *Op. cit. passim*.

Corte tornava sem efeito atos provenientes dos representantes diretos do povo<sup>290</sup>.

É importante salientar que a obra de Bickel reconhece, em verdade, uma função contramajoritária do Judiciário. A Suprema Corte ao declarar a inconstitucionalidade de um determinado ato “exerce(ria) o controle, não em defesa da ordem majoritária, mas contra esta”<sup>291</sup>. Assim, mais do que criticar a observada tensão entre o controle de constitucionalidade e o princípio do autogoverno democrático, o grande propósito da obra de Bickel é tentar estabelecer justificativas para a atividade contramajoritária do Judiciário, bem como uma teoria capaz de conciliar o papel do controle de constitucionalidade<sup>292</sup> com o Executivo e, principalmente, o Legislativo, mesmo diante do aparente caráter antidemocrático daquele.<sup>293</sup>

Em um artigo que analisa a obra de Bickel, Barry Friedman<sup>294</sup> ressalta a importância do contexto histórico para a formulação de Bickel, suscitando que Bickel, provavelmente, intentava justificar a prática do *judicial review* como forma de defender ideais liberais.

A contribuição de Bickel, na tentativa de justificar a atividade da Suprema Corte pode ser resumida a três pontos principais que deveria pautar a atuação da Corte no exercício do *judicial review*, permitindo que a Corte desenvolvesse um conjunto de práticas fundadas em princípios de autocontenção, neutralidade, moderação e integridade de seus pronunciamentos.

Assim, a regra de julgamento em caso de erros claros defendida por Thayer foi considerada útil por Bickel como um relevante parâmetro decisório para o exercício do controle de constitucionalidade. Aplicando-se o controle do

---

<sup>290</sup> BICKEL, Alexander. *Op. cit.* p. 16-17.

<sup>291</sup> Tradução livre de “*exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it*”. In: BICKEL, Alexander. *Op. cit.* p. 16-17.

<sup>292</sup> GUNTHER, Gerald. The Subtle Vices of the “Passive Virtues - A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 64, n. 1, p. 1-25, jan. 1964. p. 1-2.

<sup>293</sup> Michelman explica que esse é o paradoxo da democracia constitucional, um possível desafio eterno da teoria constitucional norte-americana: conciliar o princípio democrático com o controle de constitucionalidade. In: MICHELMAN, Frank I. *Brenann and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999. p. 4.

<sup>294</sup> FRIEDMAN, Barry. The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five... *Op. Cit.*, p. 256.

Judiciário para casos de erros claros seria “crucial para qualquer harmonização entre *judicial review* e fé na democracia”<sup>295</sup>, permitindo que o processo legislativo se desenvolvesse sem tantas interferências do Judiciário e evitando um Judiciário autoritário.<sup>296</sup> Contudo, a regra idealizada por Thayer não seria suficiente para encarar a crescente natureza de casos que vinham sendo submetidos ao conhecimento da Corte Suprema.

O segundo ponto que legitimaria o controle de atos dos demais Poderes seria um atributo que confere singularidade ao controle de constitucionalidade, sendo os princípios de neutralidade que deveriam estar presentes nos julgamentos da Suprema Corte e diferenciaria a atividade do Judiciário das deliberações dos outros poderes. Bickel desenvolvia uma ideia de neutralidade que estaria vinculada ao desinteresse da Corte para com o resultado do caso apresentado diante dela, os juízes, ao contrário das instâncias democráticas, teriam o dever de decidir, afastando-se de interesses efêmeros observados na sociedade, de forma que a decisão seria fruto de um processo racional e politicamente desinteressada, nunca fruto da conveniência do momento, mas voltada a entender o interesse geral e permanente da sociedade<sup>297</sup>.

Assim, segundo a teoria da neutralidade dos princípios, o processo decisório da Suprema Corte teria o dever de se inspirar nos valores tradicionais da sociedade, procurando, na história do país, os princípios que guiam o desenvolvimento da sociedade e aplicando-os na resolução de casos, desenvolvendo e introduzindo novos princípios ou valores a partir dos já existentes, que poderiam vir a se incorporar como parâmetros também para o governo representativo.

O conceito de virtudes passivas (*passive virtues*) é de suma importância na contribuição de Bickel. As virtudes passivas seriam concernentes ao “saber quando decidir” da Corte - isto é, tão importante quanto o conteúdo e a integridade das decisões, a atuação prudente com vistas à concretização dos princípios gerais que regem a sociedade americana

---

<sup>295</sup> Tradução livre de: “*It is crucial to any accommodation between judicial review and the democratic faith.*” BICKEL, Alexander. *Op. cit.* p. 37

<sup>296</sup> BICKEL, Alexander. *Op. cit.* p. 35-41.

<sup>297</sup> BICKEL, Alexander. *Op. cit.* p. 58.

(neutralidade dos princípios) possuindo também o objetivo de evitar a constante interferência nas deliberações democráticas do poder legislativo (Thayer e a regra do *clear mistake*) -, seria o de exercer o *judicial review* no tempo adequado, permitindo que cada *Justice* tenha o tempo necessário para apreciar o caso e todas as possíveis repercussões culturais e sociais desse. Nesse critério, saber quais casos deveriam deixar de decidir, também teria grande relevância. A Suprema Corte tem o poder de definir quais casos vão ser julgados, conforme a regra 10 do regimento daquela corte<sup>298</sup>.

Bickel compreende que a Suprema Corte teria basicamente três modos de proceder quando convocada a resolver uma questão constitucional: duas resumem-se à conduta ativa típica da Corte na apreciação do caso, podendo declarar ou não a constitucionalidade de um certo ato no caso concreto, devendo, por evidente, aderir em algumas situações às regras Thayer e, em observância, à neutralidade dos princípios. Tão importante quanto a conduta ativa da Suprema Corte seria, no entanto, o não decidir, ou postergar o julgamento para decidir no tempo certo, quando os debates de algumas questões controversas já estivessem mais desenvolvidos dentro da própria sociedade. Contudo, ressalta-se, em alguns casos, que a Suprema Corte deveria mesmo deixar de decidir como forma de conservar o respeito institucional perante a população e evitar mudanças frequentes em princípios decisórios estabelecidos.

Apesar de ser tradicionalmente reconhecido como o fomentador da discussão sobre a dificuldade contramajoritária, a obra de Bickel que inaugura de maneira explícita o debate sobre a tensão entre o princípio democrático e do controle de constitucionalidade é, na verdade, uma tentativa de justificação do *judicial review*. Bickel fundamenta a importância do controle exercido pelo Judiciário para a construção do ordenamento jurídico e a sociedade norte-americana, bem como traçar um complexo de regras legitimadoras da atuação da Corte, uma vez que Bickel estava ciente de possíveis problemas se a instituição adotasse posturas ativistas, distantes da propagada prudência<sup>299</sup>,

---

<sup>298</sup> Regra 10. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2017RulesoftheCourt.pdf>>. Acesso em: fev. 2018.

<sup>299</sup> KRONMAN, Anthony T. Alexander Bickel's Philosophy of Prudence. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 94, n. 7, p. 1567-1616, Jun. 1985.

distante dos princípios que deviam orientar sua atuação. Isso poderia implicar em ausência de efetividade de seus pronunciamentos se sua opinião estivesse totalmente desvinculada de entendimentos minimamente aceitáveis pela sociedade.

### 3.3 A SUPREMACIA JUDICIAL COMO ELEMENTO DA TENSÃO ENTRE O CONSTITUCIONALISMO E A DEMOCRACIA

Como explana Barry Friedman<sup>300</sup>, a tensão havida entre o constitucionalismo e a democracia não seria matéria de exclusividade do século XX. O *judicial review* teria sofrido críticas e objeções variadas desde o seu surgimento com John Marhsall, em 1803, referindo-se desde as objeções de Jefferson, aos confrontos existentes na era de Jackson, quando era comum que os atores políticos desafiassem as escolhas da Corte, chegando até a ameaçar sua existência, intentando alterar sua composição como forma de coagir a atuação da Corte em alguns períodos da história<sup>301</sup>.

Em trabalho no qual faz uma reconstrução histórica da relação entre a democracia e o *judicial review*, o autor afirma que a dificuldade contramajoritária tal qual identificada por Bickel estaria profundamente vinculada à ocorrência de pelo menos um entre quatro fatores: I) que a decisão seja suficientemente impopular para uma parcela ou grupo da população capaz de reivindicar o papel de representante do povo; II) que tais decisões repercutam em tempos nos quais o povo esteja mais vinculado à noção de democracia direta; III) que o povo aceite e compreenda a interpretação judicial da constituição como legítima, aderindo ao entendimento e não atuando em sentido contrário; e IV) que as decisões sejam proferidas durante épocas de supremacia judicial, isto é, na qual o Judiciário detenha a força necessária para proferir a última palavra sobre o sentido da Constituição, que ficaria imune a possíveis atos posteriores do Executivo ou Legislativo.

Friedman ressalta que, na generalidade dos casos, as críticas à legitimidade da jurisdição constitucional consistiriam em manifestações de

---

<sup>300</sup> FRIEDMAN, Barry. *The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part One...* Op. Cit., p. 343-356.

<sup>301</sup> FRIEDMAN, Barry. *ibidem*. p. 157.

inconformismo dos grupos de pressão cujos interesses não foram atendidos pela Suprema Corte<sup>302</sup>, fazendo menção à alternância de posições de grupos conservadores e liberais como pivôs das críticas a depender da variação da posição da Corte. Para Friedman, portanto, um dos meios para aferir devidamente a existência de dificuldade contramajoritária seria passar a investigar a vontade da população e não do trabalho de seus representantes ou a crítica acadêmica.<sup>303</sup>

Friedman aponta que embora o controle das deliberações democráticas seja uma constante na história constitucional norte-americana, quando presentes qualquer um dos quatro fatores, é que se acentuam de maneira relevante as críticas à natureza de atividade contramajoritária do *judicial review*. Entre os quatro fatores destacados, é ressaltada a importância da supremacia judicial para a noção de dificuldade contramajoritária e afirma que “Sem supremacia judicial, nenhum problema contramajoritário é apresentado”<sup>304</sup>.

De fato, a supremacia judicial aparenta ser elemento essencial à existência da dificuldade contramajoritária e isso, como explica Friedman, foi visto durante os períodos nos quais não havia supremacia judicial consolidada, como explana o autor:

Na verdade, embora a crítica dos juízes constitucionais como *unnaccountable* (não sujeitos ao crivo popular) tenha sido formulada já em 1800, ela não prevaleceu nos próximos cem anos, em grande parte porque os conceitos de supremacia judicial não existiam naquele período e, portanto, não havia nenhum problema específico de juízes não responsabilizáveis por superar a vontade popular. Atores políticos durante a era jacksoniana desafiaram a Suprema Corte; durante a Reconstrução, eles ameaçaram sua existência. Assim, não havia muito problema contra-majoritário.<sup>305</sup>

---

<sup>302</sup> FRIEDMAN, Barry. *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five...* *Op. Cit.*, p. 159-160.

<sup>303</sup> FRIEDMAN, Barry. *Ibidem*. p. 256-259.

<sup>304</sup> Tradução livre de “*Without judicial supremacy, no counter-majoritarian problem presents itself*” FRIEDMAN, Barry. *The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part One Op. Cit.*, p. 342.

<sup>305</sup> Tradução livre de: “*In truth, although the criticism of constitutional judges as unaccountable was leveled as early as 1800, it was not prevalent for the next roughly one hundred years, largely because concepts of judicial supremacy were not extant through that period, and thus there was no particular problem of unaccountable judges trumping popular will. Political actors during the Jacksonian era defied the Supreme Court; during Reconstruction they threatened its existence. Thus, there was not much of a counter-majoritarian problem.*” In: FRIEDMAN, Barry.

A definição de supremacia judicial é um conceito há muito consolidado na doutrina norte-americana e segundo Friedman e Delaney tal fato ocorre porque a supremacia judicial seria um fenômeno tipicamente americano, verificado nos Estados Unidos antes de sua expansão para o resto do mundo<sup>306</sup>. O surgimento do termo *judicial supremacy* nos Estados Unidos remete-se ainda, ao início do século XX e concerniria à teoria de que os pronunciamentos da Suprema Corte vinculavam as ações de todos os demais atores políticos, mesmo aqueles fora do caso, de forma que as regras aplicadas em julgamento deveriam ser observadas e seguidas por todos os demais *branches*<sup>307-308</sup>. Faz-se importante ressaltar que é esse o entendimento até hoje vigente naquele país, segundo o qual, desde o julgado *Cooper v. Aaron*, de 1958, a Suprema Corte detém a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição e que a sua decisão não poderia ser invalidada diante de legislação ordinária<sup>309</sup>.

Mark Tushnet esclarece o posicionamento da Suprema Corte no caso *Aaron v. Cooper* de maneira elucidativa: o caso versava sobre a efetivação do *holding* firmado no emblemático *Brown v. Board of Education*, no qual a instância maior do Judiciário americano teria estabelecido o fim definitivo da segregação racial em escolas, asseverando que tal processo deveria ocorrer com urgência. Em tal contexto, um colégio da cidade de Little Rock, Arkansas, por pressão popular e do próprio governador do estado, desenvolveu um plano

---

The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five... *Op. Cit.*, p. 157-158.

<sup>306</sup> Para KRAMER, desde o julgamento de John Marshall alguns federalistas já ensaiavam a supremacia judicial como a noção de que os juízes teriam o poder de definir de maneira definitiva o sentido da Constituição para todos, o que era combatido pelos Republicanos. In: KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004. Ebook.

<sup>307</sup> DELANEY, Erin; FRIEDMAN, Barry. *Becoming Supreme: the federal foundation of judicial supremacy*. New York University Public Law and Legal Theory: Paper 300, 2011, pp. 100-155. p. 107, Segundo os autores: "(*Judicial Supremacy*) was an assertion that constitutional pronouncements of the judiciary or a high court in a specific case govern the actions of political actors, even outside the bounds of that case."

<sup>308</sup> A Emenda Constitucional nº 45, com a alteração do parágrafo 2º do artigo 102, estabeleceu sistemática parecida.

<sup>309</sup> "A afirmação de que "a última palavra" sobre a interpretação constitucional é da Suprema Corte é designada, no debate constitucional norte-americano, de "supremacia judicial". Trata-se de tese adotada atualmente pela Suprema Corte, firmada no precedente *Cooper v. Aaron*". In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia... *Op. Cit.*, p. 139.

para promover o fim gradual da segregação e, após a judicialização do caso, as cortes federais de instâncias inferiores decidiram que a desordem instaurada pelo povo justificaria um plano gradual para promover a igualdade em tais ambientes.

A Suprema Corte, entretanto, discordava do entendimento das cortes inferiores, como registrou expressamente na decisão do caso que estabeleceu a regra segundo a qual a posição da Corte seria “suprema na exposição do sentido da Constituição”<sup>310</sup> e que também os governadores dos estados estariam obrigados a seguir a interpretação da Corte fixada no precedente da Corte (especificamente a interpretação da 14<sup>a</sup> emenda feita em *Brown v. Board of Education*)<sup>311</sup>. Baseada no julgamento de John Marshall, a Suprema Corte expôs o entendimento de que a interpretação conferida pela Corte seria para todos os casos da suprema lei da nação e, portanto, todos que fizeram juramento de seguir a Constituição teriam obrigação de seguir a interpretação da Corte<sup>312-313</sup>. Pode-se dizer que com tal julgado, a Suprema Corte firmava a teoria segundo a qual as suas decisões passavam a integrar a Constituição<sup>314</sup>.

Assim, Tushnet suscita que o panorama do julgado que serviu para a fixação da tese da supremacia judicial era extremamente favorável à Suprema Corte, uma vez que a questão do fim da segregação racial podia ser considerada como um acerto inquestionável pelos *justices* e também para grande parcela do país. Contudo, o autor ressalta que a mesma Corte que reivindicava a posição de suprema intérprete e detentora da palavra final sobre o sentido da constituição foi aquela instituição que cometeu erros no passado, citando o caso *Dredd Scott*, cuja supremacia foi aberta e publicamente

---

<sup>310</sup> FARBER, Daniel A. The Supreme Court and the Rule of Law: Cooper v. Aaron Revisited. *University of Illinois Law Review*, v. 405, n. 2, p. 387-412, 1982. p. 388.

<sup>311</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts...* Op. Cit., p. 8.

<sup>312</sup> TUSHNET, Mark. *ibidem.*, p. 8.

<sup>313</sup> *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1. 1958. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1>>. Acesso em: abr. 2018.

<sup>314</sup> FARBER, Daniel A. Op. Cit., p. 390 e 404. O autor anota que a consideração da Suprema Corte exposto no julgamento de que seus julgados incorporariam-se na Constituição estaria errado, considerando que teria status de lei federal. O artigo é de 1982 e o entendimento de que existiria apenas a supremacia vertical podia ser formulado à época, mas após o julgado *City of Boerne v. Flores*, no qual estabeleceu-se que a decisão da Suprema Corte não poderia ser contrariada por legislação originária nem do Legislativo Federal (supremacia horizontal).

questionada pelo presidente Lincoln. Em sua visão, a Suprema Corte não podia contrariar o princípio de autogoverno popular.<sup>315</sup>

Friedman e Delaney relatam, no entanto, que supremacia judicial poderia se referir também à reivindicação formulada pela própria Suprema Corte segundo a qual tal órgão teria o poder exclusivo de interpretar e definir o sentido da Constituição<sup>316</sup>, configurando-se no que pode ser chamado de monopólio judicial, que constitui um *plus* em relação à supremacia judicial<sup>317</sup>.

A construção da supremacia judicial nos Estados Unidos, segundo lição de Friedman e Delaney, teria ocorrido de maneira gradual e se fundaria na conjunção de dois fatores: em razão do modelo (*power by design*) federativo de governo e outro em razão da deferência (*power by permission*) dos demais atores políticos ao papel de supremacia que a Suprema Corte paulatinamente reivindicava para a instituição.

No âmbito da estrutura federativa do governo americano, Friedman destaca a importância que a Suprema Corte teria no papel de manutenção da autoridade da União, que resultou em sua expansiva atuação com verdadeiro apoio do governo central. Assim, a supremacia judicial teria se desenvolvido, inicialmente, para permitir a invalidação de legislações estaduais em detrimento da manutenção do interesse maior da União, mas, posteriormente, o poder exercido para conter atos dos estados - denominado pelos autores de supremacia vertical - transformou-se, com apoio da teoria constitucional e também de interesses econômicos e sociais, no poder de controlar os próprios atos do Legislativo e Executivo nacionais (supremacia horizontal).

Outro fator relevante teria sido também a relativa aquiescência dos demais Poderes, baseados nas obras de Ran Hirschl e, principalmente, Keith Whittington, segundo o qual os atores políticos teriam sido fundamentais para garantir a supremacia judicial, pois o Judiciário dependeria da atuação dos outros *branches* e, segundo o autor, a história confirmaria que o Executivo teria

---

<sup>315</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts...* Op. Cit. p. 8-9

<sup>316</sup> DELANEY, Erin; FRIEDMAN, Barry. *Becoming Supreme: the federal foundation of judicial supremacy*. New York University Public Law and Legal Theory: Paper 300, Nova York, 2011. p. 107, Segundo os autores: "(Judicial Supremacy) was an assertion that constitutional pronouncements of the judiciary or a high court in a specific case govern the actions of political actors, even outside the bounds of that case."

<sup>317</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Op. Cit.

papel fundamental na conformação da *judicial supremacy*<sup>318</sup>. Segundo Friedman, a teoria de Whittington falha em explicar como a Corte conseguiu construir sua autoridade e ressalta ser irrefutável que a atuação daquela passou a ter tamanho respaldo da opinião pública, a ponto de constranger o Legislativo e Executivo a aceitarem suas decisões que contariam com o suporte popular e expectativa de seus cumprimentos.

Como leciona Rodrigo Brandão, a decisão em *City of Boerne v. Flores* representa um marco na história do constitucionalismo norte-americano. Teria sido a partir de tal julgado, que a Suprema Corte estabeleceu de maneira definitiva que mesmo a legislação federal ordinária não poderia tornar legal entendimento contrário à precedente judicial estabelecido anteriormente por decisão da Suprema Corte, configurando-se o que Friedman denomina de supremacia judicial horizontal (entre os poderes federais). Assim, segundo o entendimento formulado no caso em comento, que versava sobre liberdade religiosa, a Suprema Corte entendeu que a “lei superadora em decisão sua em matéria constitucional necessariamente desrespeitaria a supremacia da Constituição e o Estado de Direito”<sup>319</sup>. A supremacia judicial, desta feita, teria o condão também de limitar a atuação futura dos diversos atores políticos<sup>320</sup>.

Diante do exposto acerca da supremacia judicial parece irrefutável que a mesma seja, de fato, elemento condicionante à existência da dificuldade contramajoritária, uma vez que caso se permitisse ao legislativo, em momento posterior, a faculdade de reeditar ato legislativo com o mesmo conteúdo da norma declarada inconstitucional, não haveria que se falar em qualquer tensão contramajoritária.

A noção de supremacia judicial é tradicionalmente tratada como uma antítese da supremacia legislativa. O segundo tende a favorecer a noção de autogoverno e de participação popular, enquanto a justificativa para a existência do primeiro estaria voltada à proteção de direitos fundamentais, incluindo-se os concernentes à manutenção do processo democrático. Rodrigo

---

<sup>318</sup> Keith E. Whittington. *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S History*, at xii *apud* DELANEY, Erin; FRIEDMAN, Barry. *Becoming Supreme... Op. Cit.*, p. 108-110.

<sup>319</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Op. Cit.*, p. 18.

<sup>320</sup> BRANDÃO, *ibidem.*, p. 18.

Brandão sintetiza, de maneira precisa, os principais argumentos empregados pelos defensores da supremacia judicial como meio mais adequado à interpretação constitucional do que aquela realizada pelo Legislativo, como a seguir transcrito:

Com efeito, diversos argumentos desta natureza (superioridade da interpretação do judiciário face ao legislativo) podem ser colhidos na teoria constitucional. Dentre os principais, cite-se a maior propensão de o Judiciário (i) proteger “minorias insulares” do processo majoritário; (ii) zelar pelo tratamento dos indivíduos com igual consideração e respeito; (iii) reservar o pré-compromisso do povo contido na Constituição em face das maiorias transitórias que logrem aprovar leis; (iv) garantir o respeito ao Estado de Direito; (v) ser um Guardião da Constituição, função que somente pode ser cumprida de forma eficaz por um agente externo ao Parlamento. (vii) promover um processo deliberativo guiado pela razão, e não pelas pressões de política partidária, circunstância que lhe conferiria uma representação argumentativa do povo.<sup>321</sup>

O autor arremata apontando que tais argumentos podem ser reduzidos ao insulamento político (decorrente das garantias e vedações da magistratura e do judiciário) e o dever de fundamentar as suas decisões, de modo que, assim como Hamilton, haveria uma posição favorável aos juízes definirem questões sobre o sentido da Constituição, haja vista que estariam vinculados à aplicação da lei, afastando-se de interesses econômicos e políticos.<sup>322</sup> Assim, tais elementos são acrescidos da comum alegação formulada pelos defensores da supremacia judicial que é de que a atividade legislativa não seria tão apta à defesa de direitos fundamentais e que a regra da maioria não teria tanto significado em razão da realidade na qual se dá a atuação do legislador (déficit de representatividade, inadequação da representatividade)<sup>323</sup>.

Entretanto, como apontado, por um lado a existência da supremacia judicial também acarreta repercussões para a separação de poderes, como bem explicado por Ivo Dantas<sup>324</sup>. Isso confere ao Judiciário uma posição privilegiada e pode acarretar, como previsto pelos teóricos da teoria da dificuldade contramajoritária, em um déficit no sistema constitucional, pois o

---

<sup>321</sup> BRANDÃO, Op. cit., p. 248-249.

<sup>322</sup> BRANDÃO, *ibidem.*, p. 249.

<sup>323</sup> BRANDÃO, *ibidem.*, p. 250-253.

<sup>324</sup> DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo... Op. Cit.*, p. 230

sentido da constituição ficaria quase adstrito à concepção do judiciário sem a devida influência da participação popular, por meio de seus representantes, na atribuição de sentido à constituição.

Entre os principais críticos da supremacia judicial tem-se o neozelandês Jeremy Waldron<sup>325</sup>, cuja posição é no sentido de que não seria possível comprovar a superioridade da jurisdição constitucional em face das deliberações legislativas. Waldron sustenta que - partindo de uma premissa de uma sociedade na qual as instituições democráticas funcionem adequadamente e onde os cidadãos podem participar devidamente do processo e respeitem o direito - o *judicial review* seria democraticamente ilegítimo e o processo legislativo teria tanta capacidade de proteção de direitos quanto o procedimento jurisdicional.<sup>326</sup>

Assim, para Waldron, os juristas, na tentativa de justificar a supremacia judicial, idealizam um judiciário com tempo e com capacidade institucional diferenciada para apreciar as questões de constitucionalidade, remetendo-se ao conceito de juiz Hércules de Ronald Dworkin, ao passo que não conferem a mesma deferência ao legislador, a quem consideram como mais propensos a desrespeitarem a constituição.

Os argumentos de Waldron são pertinentes e intentam desconstruir vários dos fundamentos que embasam a defesa do *judicial review*, alegando que eventuais desacordos atingem tanto a política quanto o direito, de maneira que havendo que escolher entre dois sistemas que podem acarretar resultados injustos, não há como defender a superioridade do judiciário. Isso ocorre já que, se considerado um legislativo com as virtudes semelhantes ao do judiciário, haveria mais razões para defender a atividade do legislador, pois a vontade da maioria consistiria em homenagem também à igualdade de participação dos indivíduos no processo deliberativo.<sup>327</sup>

Não tentei demonstrar que a prática do *judicial review* da legislação é inadequada em todas as circunstâncias. Em vez disso, tentei demonstrar porque estabelecer o *judicial review* como protetor de direitos é inadequado para sociedades razoavelmente democráticas

---

<sup>325</sup> WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review... *Op. Cit.*, p. 1346-1406.

<sup>326</sup> WALDRON, Jeremy. *Ibidem*, p. 1346-1406.

<sup>327</sup> WALDRON, Jeremy. *Ibidem*, e WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação...* *Op. Cit.*

cujo principal problema não é que suas instituições legislativas sejam disfuncionais, mas que seus membros discordam sobre direitos.<sup>328</sup>

A crítica de alguns autores constante no livro “*The Global Expansion of Judicial Power*” é voltada à crescente judicialização da política e apontam também para a possibilidade de a expansão do poder judiciário resultar num enfraquecimento das instituições democráticas, suscitando também a possibilidade de atuação do judiciário para a manutenção de privilégios de parcelas da elite, que por ventura não consigam representação adequada no procedimento democrático. As críticas são realizadas com ênfase nos sistemas democráticos, que aparentam ter maior funcionamento e respeito aos direitos individuais, uma vez que os autores reconhecem a importância da jurisdição constitucional para defesa de eventuais falhas do processo democrático representativo, vistos, sobretudo, nos países que passaram por processo de redemocratização, reportam-se, na obra, à países da África e América-Latina.<sup>329</sup>

Por fim, há, como observa Rodrigo Brandão uma reciprocidade de críticas passíveis de serem formuladas tanto na supremacia do parlamento quanto na supremacia judicial. Ambos os modelos possuem suas vantagens e desvantagens, sendo certo que os adeptos da supremacia do legislativo formulam suas críticas sob um viés e os adeptos da supremacia judicial o fazem sob outro. Nesse sentido, colaciona-se a passagem de Rodrigo Brandão:

[...] uma análise global dos fundamentos teóricos da supremacia parlamentar conduz à mesma conclusão obtida em relação à supremacia judicial; refere-se ao recurso seletivo a argumentos favoráveis ao ator institucional que os seus adeptos querem privilegiar (o legislador) e desfavoráveis àquele que querem criticar (o juiz). É curioso notar na obra de Waldron uma combinação entre o mais crítico dos realismos em face dos juízes e o mais romântico idealismo em relação aos legisladores, na medida em que, embora correto ao denunciar a mitificação do juiz por boa parte dos próceres da supremacia judicial, parece ter caminhado para o extremo oposto,

---

<sup>328</sup> Tradução livre de “*I have not sought to show that the practice of judicial review of legislation is inappropriate in all circumstances. Instead I have tried to show why rights based judicial review is inappropriate for reasonably democratic societies whose main problem is not that their legislative institutions are dysfunctional but that their members disagree about rights.*” In: WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case against Judicial Review...* Op. Cit., p. 1346.

<sup>329</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of judicial power...* Op. Cit.

ao simplesmente desconsiderar as críticas anteriormente expostas ao Parlamento e ao processo legislativo.

Da mesma forma que não se pode comparar uma visão rósea do juiz com uma perspectiva ácida sobre o legislador (Judiciário como portador da vontade constituinte v. legislador como representante de uma idiossincrática maioria transitória), não se pode fazer o contrário (juiz que se limita a ornamentar a sua ideologia com empolada linguagem jurídica v. legislador como representante da vontade geral do povo). Assim, nem a lei representa necessariamente a vontade majoritária, nem decisões de inconstitucionalidade são necessariamente contramajoritárias. Ao revés, o caráter majoritário ou contramajoritário de lei ou de decisão judicial deve ser aferido empiricamente.

À luz do exposto, parece que a doutrina contrária à supremacia judicial confirma a lição de Bonavides, segundo a qual ao conferir-se a posição de superioridade a algum dos poderes sobre o sentido da constituição poderá emergir uma série de problemas desse status. Quando se confere a faculdade ao judiciário surgem as críticas vinculadas à ausência de *accountability* e legitimidade democrática, enquanto ao se conferir ao parlamento retomam-se os receios já previstos pelos Federalistas, pois haveria chance de formação de uma tirania da maioria e desrespeito às minorias desprotegidas.

O debate sobre a legitimidade dos poderes é um campo deveras fértil na doutrina americana, mas uma “resposta” surgida no Canadá propõe uma divisão mais harmônica entre a função dos poderes na interpretação da Constituição, ponto que será abordado no próximo capítulo.

## 4. O DIÁLOGO INSTITUCIONAL. A OPÇÃO DA CONSTITUIÇÃO CANADENSE

### 4.1 A CONSTITUIÇÃO CANADENSE DE 1982 COMO MARCO DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL

A inclinação à democracia não requer necessariamente que o indivíduo se posicione para apoiar a expansão do poder judiciário, como veremos. Mas, dadas as circunstâncias em que muitas novas democracias estão sendo construídas, a inclusão de um judiciário forte parece quase inevitável para alguns arquitetos governamentais.<sup>330</sup>

Como assentado no capítulo anterior, a expansão do poder judiciário e da jurisdição constitucional são consideradas como uma marca do constitucionalismo da segunda metade do século XX<sup>331</sup>, do período pós-guerra, entretanto, a prática do controle judicial de constitucionalidade foi adotada de maneira singular na Constituição do Canadá de 1982, cuja tradição jurídica, muito vinculada à Inglaterra, consistia num sistema de soberania do parlamento que passou a ter a previsão expressa do *judicial review*, sem, aparentemente, criar uma supremacia judicial. Segundo Gardbaum, é possível considerar o modelo da Carta Canadense de 1982 como a primeira Carta de um modelo típico dos “ex-integrantes da comunidade britânica” (*new commonwealth*), que consistiria num modelo posterior aos típicos modelos europeus do pós-guerra adeptos da supremacia judicial.<sup>332</sup>

A adoção da Carta de 1982 teria sido, segundo Gardbaum, a pioneira na institucionalização de um novo modelo de constitucionalismo<sup>333</sup> e, segundo Tate e Valinder, implicou em total redesenho das relações entre instituições naquele país, e, mais do que uma simples transferência de poder ao Judiciário, como ocorrera em grande parte da Europa, implicou numa total transformação

---

<sup>330</sup> Tradução livre de “*Being for democracy does not necessarily require one to support the expansion of judicial power, as we shall see. But given the circumstances under which many new democracies are being constructed, the inclusion of a strong judicial wing seems almost inevitable to some governmental architects*”, in: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of judicial power: the judicialization of politics... Op. Cit.*

<sup>331</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of judicial power... Op. Cit., passim.*

<sup>332</sup> GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice.* Cambridge: Cambridge Univ. Press. 2013. *Ebook.*

<sup>333</sup> GARDBAUM, Stephen. *Ibidem.*

da natureza da política no país, em como se dava a relação entre os poderes.<sup>334</sup>

O modelo da Constituição do Canadá é considerado singular por implicar em um redimensionamento da jurisdição constitucional quando comparado com a doutrina prevalente no mundo ocidental do pós-guerra, a opção do Canadá por uma via intermediária entre a supremacia parlamentar e judicial viria a influenciar vários países que integraram a comunidade britânica, como Nova Zelândia (1990), Reino Unido (1998), parte da Austrália (2004 e 2006)<sup>335</sup>. Referindo-se ao modelo canadense alguns autores conceituam-no como *weak-form of judicial review*<sup>336</sup>, *dialogic judicial review*<sup>337</sup> e *partnership model*<sup>338</sup>, este último mais vinculado à noção de parceria entre os Poderes no papel de interpretação do sentido da Constituição.

A teoria dos diálogos institucionais remete à recolocação do problema sobre qual o autor institucional competente para proferir a última palavra sobre o sentido da constituição. A obra que marcou o início de tal teoria contém uma rasa definição que pode ser encontrada no item de conclusão da obra de Peter Hogg e Allison Bushell<sup>339</sup> no qual afirmam que o controle de constitucionalidade como realizado no Canadá não representaria um veto sobre a vontade política e os representantes democráticos, mas somente o início de um diálogo entre cortes e legislativo sobre como seria a melhor maneira de reconciliar os valores da Constituição com os objetivos sociais e econômicos da coletividade para o benefício da nação como um todo. A utilização do termo diálogos é uma metáfora e não quer dizer que haveria uma autêntica comunicação nos

---

<sup>334</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. The Global Expansion of judicial power... *Op. Cit.*

<sup>335</sup> GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism... *Op. Cit.*

Segundo o autor, os demais Estados que se inspiraram no modelo canadense teriam observa, estudado e aprendido com o modelo canadense, realizando uma adaptação do modelo canadense no início das discussões que levaram a adoção do modelo intermediário (*new commonwealth*).

<sup>336</sup> TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press. 2008. (ebook)

<sup>337</sup> ROACH, Kent. Dialogic Judicial Review and its Critics. In: *Supreme Court Law Review*. 23(2d). 2004.

<sup>338</sup> KAHANA, Tsvi. The partnership model of the canadian notwithstanding mechanism: failure and hope. Tese – Universidade de Toronto: Toronto, 2000; e BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of the constitutional dialogue. *New York University Public Law and Legal Theory. Workin Papers*, New York, p. 1-85, 2005..

<sup>339</sup> HOGG, Peter W. e BUSHELL, Allison. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter isn't such a bad thing after all). *Osgood Hall Law Journal*, v. 35, n. 1. P. 75-124, 1997.

bastidores entre as instituições, mas que as respostas se dariam com a rápida edição de leis em sequência às decisões das Cortes<sup>340</sup>.

No Brasil, Conrado Hubner Mendes trouxe importante contribuição para o conceito de diálogos institucionais e democracia deliberativa ainda em 2008. Para o autor, as teorias do diálogo seriam uma importante resposta à problemática discutida acerca da competência para proferir a última palavra sobre o sentido da Constituição, como a seguir transcrito:

Teorias do diálogo, em geral, contrariamente às apresentadas nos capítulos 2 e 3 (que versam sobre supremacia judicial e supremacia parlamentar), não fazem grandes demandas normativas sobre o tipo ideal de legislador ou de juiz. Estão preocupadas em entender o significado de sua interação. Apresentam uma forma nova de olhar e entender a revisão judicial e o processo legislativo, vítimas de desconfiança por parte das teorias da última palavra. Essa mudança de perspectiva pretende produzir impacto relevante ao defender que a decisão da corte não é, e não tem como ser, o fim da linha.

[...]

Teorias do diálogo, com nuances variadas, procuraram amenizar a preocupação com a “dificuldade contra-majoritária”, nos termos de Bickel. Aquela imagem, também inaugurada pelo mesmo autor, não foi tão bem sucedida quanto esta expressão que o celebrou, mas vem renascendo e impregnando o debate americano nos últimos 20 anos. Teorias do diálogo tentam escapar da armadilha da última palavra e defendem uma atitude teórica que rompa essa camisa-de-força. Propõem-se como uma “terceira via”, um meio-termo<sup>341</sup>

Em 2012, Meuwese e Snel realizaram uma espécie de revisão sobre a produção acadêmica que versava sobre a teoria dos diálogos, e anotaram a grande diversidade existente entre os autores que abordam teorias de diálogos entre os poderes e diante de tal cenário propõem um conceito amplo que possivelmente abarcaria grande parte dos estudos sobre os diálogos constitucionais:

Nós chegamos à seguinte definição de diálogos constitucionais: uma sequência de comunicações de forma implícita ou explícita entre dois ou mais atores caracterizados pela ausência de um ator dominante - ou pelo menos por um agrupamento de dominância -, com a intenção

---

<sup>340</sup> HOGG, Peter W.; THORNHTON BUSHELL, Allison; e WRIGHT, Wade K. *Op. Cit.*, p. 1-65, 2007.

<sup>341</sup> MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. P. 97 e 98.

compartilhada de melhorar a prática de interpretar, revisar, escrever ou emendar as constituições.<sup>342</sup>

Segundo Kent Roach, o modelo criado pela Constituição do Canadá e a prática de diálogos havidas entre Judiciário e Parlamento configura um modelo singular e, com a inserção da cláusula da seção 33 (*notwithstanding clause*), que possibilita o controle posterior pelo Legislativo mesmo após decisão da Suprema Corte, o sistema atualmente existente no Canadá não configuraria um modelo de supremacia judicial ou legislativo, pois a possibilidade de reversão do legislativo - por ser temporária - não configuraria uma supremacia do legislativo do judiciário ao passo que permitiria um controle à supremacia judicial não vista comumente em outros sistemas.<sup>343</sup> Nas palavras do autor: “A opção de controle posterior (*override*) oferece espaço para o diálogo constitucional continuado, oferecendo uma alternativa útil à dicotomia entre a supremacia legislativa e judicial”<sup>344</sup>.

No escopo de tentar explicar o desenvolvimento da teoria surgida no Canadá, que privilegia uma interação entre as instituições com possível observância de uma maior deferência de diferentes atores, é necessário fazer uma breve remissão da adoção do *judicial review* no processo constituinte e como se deu a inserção da cláusula que permitiria ao Legislativo realizar o controle posterior de atos do Judiciário.

#### 4.2 O PROCESSO CONSTITUINTE CANADENSE. ENTRE A SUPREMACIA PARLAMENTAR E JUDICIAL

À época do processo constituinte, Peter H. Russel elaborou artigo no qual observava que a Constituição canadense possuiria dois objetivos

---

<sup>342</sup> Tradução livre de: “we arrive at the following working definition of constitutional dialogue: a sequel of implicitly or explicitly shaped communications back and forth between two or more actors characterized by the absence of a dominant actor – or at least by a bracketing of dominance –, with the shared intention of improving the practice of interpreting, reviewing, writing or amending constitutions” in: MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix. “Constitutional Dialogue”: An Overview. In: *Utrecht Law Review*. v. 9. n. 2, p. 123-140. 2013. P. 126.

<sup>343</sup> ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. *International Journal of Constitutional Law*, Vol 4, No 2. P.347-370, 2006. P. 368-370.

<sup>344</sup> Tradução livre de: “The override option provides space for continued constitutional dialogue, offering a useful alternative to the dichotomy between legislative and judicial supremacy”, in: ROACH, Kent. *Ibidem*, p. 370.

fundamentais, que seriam a consolidação da unificação nacional e também a expectativa de conceder e assegurar maior efetividade a direitos fundamentais<sup>345</sup>.

No Canadá, até 1981 o país não possuía normas constitucionais escritas que asseguravam diretamente direitos fundamentais, mas apenas um *Bill of Rights* de 1960 que tinha natureza de Lei Federal, não havendo qualquer diferenciação de nível hierárquico, apenas afirmava que as leis posteriores deveriam respeitar as disposições daquele instrumento que, segundo Gardbaum não possuíam mesmo grande relevância haja vista que a própria Suprema Corte do Canadá era deferente à supremacia parlamentar e somente em um caso declarou inconstitucionalidade de uma lei por conflito com os direitos previstos no *Bill of Rights*<sup>346</sup>. Contudo, por não possuir natureza de emenda ao *Constitution Act* de 1867<sup>347</sup> seria permitido ao procedimento legislativo ordinário revogar qualquer disposição da Carta de Direitos Fundamentais, haja vista que, como explica Robert Sedler:

A Constituição (*British North America Act of 1867*) não forneceu aos tribunais nenhuma base legal para anular as ações governamentais de outra forma válidas que interfeririam com os direitos individuais.<sup>348</sup>

Apesar de somente positivado de forma definitiva na Constituição de 1982, o *judicial review* já existia no Canadá há bastante tempo e a atuação do Judiciário era compreendida como importante, uma vez que sua função seria importante na definição dos limites das competências legislativas do governo federal e estados/províncias<sup>349</sup>. Contudo, apesar da pré-existência, a deliberação acerca da positivação do instituto e a possibilidade de alargamento

---

<sup>345</sup> RUSSEL, Peter H. The political purposes of the canadian Charter of Rights and Freedoms. *Canadian Bar Review*, Toronto, 1983. P. 2-3.

<sup>346</sup> GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. In: *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 49. 2001. P. 720.

<sup>347</sup> Como foi afirmado, o Canadá tradicionalmente seguiu a tradição da supremacia parlamentar, e a própria Carta Magna de 1867 (*British North America Act of 1867*) do país foi uma espécie de outorga da Inglaterra, apesar da participação do Parlamento canadense, e não continha disposições sobre direitos fundamentais.

<sup>348</sup> Tradução livre de: “*The constitution provided the courts with no legal basis to override otherwise valid governmental actions which interfered with individual rights*”, in: SEDLER, Robert A. *Constitutional Protection of Individual Rights in Canada: The Impact of the New Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Notre Dame L. Rev., vol. 59, 1984. P. 1193

<sup>349</sup> SEDLER, Robert A. *Constitutional Protection of Individual Rights in Canada: The Impact of the New Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Notre Dame L. Rev., vol. 59, 1984. P. 1194-1195, notas de rodapé 23 e 25.

da atuação e dos poderes da Suprema Corte traziam preocupações, como expressas por Russel em artigo escrito em 1983<sup>350</sup> e também ressaltado mais à frente como um dos motivos determinantes para a adoção de uma cláusula que asseguraria possibilidade de reversão legislativa.

Durante os debates havidos entre os constituintes, já havia uma percepção do panorama ocidental de expansão do poder judiciário e a crescente judicialização de questões políticas. Aliado a tais fatores, a proximidade do Canadá com os Estados Unidos, país que desde a década de 1960 lidava com intensa produção acadêmica abordando o dilema de Madison, assim como o movimento de consolidação da supremacia judicial, findou por influenciar o processo constituinte do Canadá, cuja tradição de supremacia parlamentar era bem aceita.

Advinda de uma tradição de supremacia parlamentar o Canadá instituiu um rol de direitos fundamentais com status de supralegalidade, como previsto nas cláusulas 52 e 32 da Carta que, respectivamente, contém o princípio da supremacia constitucional e imutabilidade relativa, cujo processo de emenda é extremamente dificultoso, requerendo aprovação direta da população das províncias; e a subordinação das províncias ao texto constitucional. Com efeito, a interpretação conjunta das cláusulas 52 e 24 não deixam grandes dúvidas acerca do poder da Suprema Corte de invalidar leis contrárias à Carta.<sup>351</sup>

A posição da Suprema Corte canadense a partir de 1982 demonstra a adoção do *judicial review* e a elevação dos direitos fundamentais incluídos na carta a uma posição não anteriormente existente em tal país, relevantes casos envolvendo direitos de igualdade, direitos de minorias religiosas e direitos processuais de réus criminais foram julgados e protegidos pelo Judiciário, ao contrário do que ocorria durante a vigência do anterior *Bill of Rights*, no qual a supremacia parlamentar tolhia a atividade da Suprema Corte.

---

<sup>350</sup> RUSSEL, Peter H. The political purposes of the canadian Charter of Rights and Freedoms. Canadian Bar Review, Toronto. O autor aponta para os problemas da atividade da Suprema Corte dos Estados Unidos, reportando-se a como constantemente seus julgados podiam causar mais insatisfeitos do que acomodação no processo político entre outros motivos, entre os quais destaca-se a preocupação com a definitividade da "judicial opinion" sobre o significado da Constituição.

<sup>351</sup> Neste sentido: GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism.. *Op. Cit.*

Uma das grandes inovações trazidas pela Carta é a previsão contida na seção 33, tanto que para Gardbaum é um dos marcos do novo modelo constitucional inaugurado pelo Canadá, como também salientam Hogg e Bushell e também Kent Roach, por ser um dos principais elementos que possibilitam, em temas específicos, uma total limitação da atividade do *judicial review*, limitando a supremacia judicial. Contudo, em que pese a inovação trazida pela Seção 33 da Carta de Direitos Canadense, mais a frente discutida, o modelo criado pela interação entre os poderes no Canadá é mais complexo e não ocorre em função da direta utilização de tal cláusula, que foi utilizada pouquíssimas vezes no país em função do seu alto custo político<sup>352, 353</sup>

Com efeito, grande parte dos diálogos são possibilitados em razão da previsão contida na cláusula 1ª de tal Constituição, que versa sobre direitos e garantias fundamentais sob um prisma diferenciado, a seguir transcrito:

1. A Carta Canadense de Direitos e Liberdades assegura os direitos e liberdades nela estabelecidos, sujeitos apenas a limites razoáveis prescritos por lei, como podem ser inequivocamente justificados em uma sociedade livre e democrática.<sup>354</sup>

A partir da leitura da 1ª cláusula da Constituição canadense é possível perceber que as próprias garantias fundamentais são colocadas numa posição não de absoluta inflexibilidade, criando a possibilidade de sua limitação ser prescrita também por lei, ou seja, confere ao Legislador ordinário a faculdade de atuar também na definição de limites aos direitos fundamentais, criando um sistema no qual o papel do Judiciário deveria ceder mais espaço à definição dos direitos também pelos poderes constituídos, especialmente o Legislativo, algo não concebido na tradicional estruturação das constituições ocidentais do século XX, notadamente influenciadas pelo modelo norte-americano e europeu (Kelseniano).

---

<sup>352</sup> ROACH, Kent. Dialogue or defiance... *Op. Cit.*, p. 367.

<sup>353</sup> Tsvi Kahana é um dos defensores da possibilidade de utilização da cláusula como mecanismo direto de diálogo institucional, indicando que a cláusula pode ser utilizada como mecanismo para implementar o processo de parceria entre instituições na interpretação constitucional, *in*: KAHANA, Tsvi. *The partnership model of the canadian notwithstanding mechanism...* *Op. Cit.*

<sup>354</sup> Tradução livre de: "The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society." Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html>>, acesso em março de 2018.

#### 4.2.1 A Seção 33 da Carta de Direitos do Canadá

Em que pese a pequena utilização da cláusula não-obstante, os debates havidos no processo constituinte, que culminaram na inserção do mecanismo de suspensão legislativa temporária de decisões sobre matéria constitucional, revelam a importância dada pelos representantes do povo à discussão acerca dos receios com a adoção de um Judiciário com o poder de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição e a possibilidade de se tolher o processo de desenvolvimento democrático representado pela atividade legislativa do Parlamento.

Nesse sentido, a atual Constituição do Canadá de 1982 trouxe inovação ao controle de constitucionalidade, após longos debates acerca do conteúdo final do texto constitucional, convencionou-se pela inserção de dispositivo normativo que implica em redesenho da tradicional concepção do controle de constitucionalidade, criou-se um mecanismo que possibilita o controle posterior pelo legislativo, diferenciando-se do *judicial review* tal qual desenvolvido no sistema norte-americano, dos tribunais constitucionais europeus, ou dos sistemas mistos de controle de constitucionalidade presentes na América Latina. Tal inovação é a chamada *notwithstanding clause*, contida na Seção 33 da Constituição de 1982.

Segundo a disposição contida na seção 33, o Parlamento ou as assembleias legislativas das províncias possuem a faculdade de optar por determinar a vigência temporária de leis que estariam em desacordo com o contido na seção 2 e também das seções 7 a 15<sup>355</sup>, não obstante a decisão da competente Corte que declarasse determinada lei inconstitucional.

33.1 - O Parlamento ou o legislativo de uma província podem declarar expressamente em Ato do Parlamento ou do legislativo, conforme o

---

<sup>355</sup> A seção 2 positiva as liberdades fundamentais, de religião, consciência, associação, imprensa e outras; as seções 7 à 15 da Carta traz o rol de direitos à vida, segurança, privacidade, vedação à prisão e buscas arbitrárias, alguma normas do devido processo legal e isonomia.

caso, que a Lei ou uma disposição deve operar não obstante uma disposição incluída na seção 2 ou seções 7 a 15 desta Carta.<sup>356</sup>

Assim, o tradicional desenho que era possível ser observado desde a consolidação do controle de constitucionalidade pela via judicial, seja o havido no modelo europeu, norte-americano ou misto, sofre uma significativa remodelação, uma vez que a supremacia judicial, ou pelo menos a prerrogativa de definir em última instância o significado do texto constitucional, dá vez a um novo modelo que permite ao Legislativo conferir validade a uma lei, mesmo após o reconhecimento de sua inconstitucionalidade pelo Judiciário.<sup>357</sup>

É importante ressaltar que para Peter W. Hogg, a inserção da cláusula da seção 33 torna quase irrelevante a discussão tão presente nos Estados Unidos acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade.<sup>358</sup>

A cláusula de *override*, Segundo Hogg<sup>359</sup>, possui grande relevância para a própria aceitação da Constituição canadense pelas províncias, uma vez que a cláusula da seção 33 não estava prevista em versões preliminares da Carta de 1982, tendo sua inserção em momento posterior configurado elemento imprescindível para o acordo entre o Governo Federal e as províncias, datado de 5 de novembro de 1981 que assegurou um consenso decisivo para as províncias, à exceção da província de Quebec, que não foi signatária da Constituição em razão do forte sentimento separatista existente.

Entretanto, em que pese a observação de Hogg, a introdução da cláusula de *override*, que permitia ao legislativo não só validar leis ainda que contrárias ao texto constitucional, mas também o controle posterior das decisões proferidas pela Suprema Corte do Canadá, foi objeto de controvérsia durante as discussões que levaram a sua formulação, haja vista que por tratar especificamente de direitos tão sensíveis, como direitos às liberdades

---

<sup>356</sup> Tradução livre do texto da Seção 33, *in verbis*: “Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.”

<sup>357</sup> No mesmo sentido: ROACH, Kent. Dialogue or defiance... *Op. Cit.*, p. 368-370; e, no mesmo sentido: GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model... *Op. Cit.*

<sup>358</sup>, *in*: HOGG, Peter W. *Constitutional Law of Canada*. Carswell Legal Pubns. 2007. 5ª Edição. p. 39

<sup>359</sup> HOGG, Peter W. *ibidem*. p.39.1-39.2

fundamentais, igualdade e outros, havia certo receio de como se daria a utilização de tal instituto por parte do Legislativo.<sup>360</sup>

Há divergências no que concerne ao período exato em que se iniciaram as discussões sobre a introdução do novo mecanismo de controle, Hogg aponta que a introdução se deu em uma conferência de primeiros ministros das províncias canadenses, tendo sido pactuada a sua inserção no texto da Constituição canadense durante os debates ocorridos em 1981,<sup>361</sup> durante conferências entre províncias e governo federal, após ponderação do à época primeiro ministro Pierre Trudeau.<sup>362</sup>

A inclusão da seção 33 foi, como reportado anteriormente, elemento essencial para a aceitação da Constituição pelas províncias, uma vez que nos estágios finais de negociação existiam impasses entre o governo federal e as províncias, temerosas de como haveria a divisão de poderes entre as províncias e o governo federal, mais especificamente no tocante ao receio de transferir poderes ao Judiciário para interpretar a extensão e alcance do texto constitucional e também como se daria a repercussão da atividade da Corte no exercício da separação de poderes, uma vez que o Canadá possuía uma tradição de supremacia parlamentar.<sup>363</sup>

A adoção da cláusula gerou controvérsias, havendo discussões acerca de como a cláusula findaria por ser aplicada, vários primeiros-ministros de províncias que foram inicialmente contrárias à inserção do mecanismo de controle manifestaram-se publicamente sobre a possibilidade de uma má utilização do instituto causar injustas diferenças entre canadenses apenas em

---

<sup>360</sup> JOHANSEN, David, ROSEN, Phillip. *The Notwithstanding Clause of the Charter*. Ottawa: Parliamentary Research Branch, Setembro, 1989. Ebook.

<sup>361</sup> Contrariando Hogg, David Johansen e Phillip Rosen afirmam não ser possível precisar o ano em que iniciaram-se as discussões sobre a inserção da cláusula de override, mas apenas supõem que a província de Saskatchewan teria dado início as discussões ainda no verão de 1980, *in*: JOHANSEN, David, ROSEN, Phillip. *The Notwithstanding Clause of the Charter*. Ottawa: Parliamentary Research Branch, Setembro, 1989. Ebook.

<sup>362</sup> JOHANSEN, David, ROSEN, Phillip. *The Notwithstanding Clause of the Charter*. Ottawa: Parliamentary Research Branch, Setembro, 1989. Ebook.

<sup>363</sup> KAHANA, Tsivi. *Op. Cit.* p. 14.

razão da localidade onde viviam ou a possibilidade de o parlamento superar decisões da Suprema Corte em matéria de direitos tão sensíveis.<sup>364</sup>

Pierre Trudeau, então primeiro ministro, revelara entusiasmo com a adoção da *notwithstanding clause*, tendo em entrevista pública revelado que a adoção de determinada cláusula assegurava que a última palavra seria mantida pelos representantes eleitos pelo povo e não pelas cortes. É possível dizer que a inserção da cláusula inaugurava um modelo singular de controle de constitucionalidade, tentando estabelecer limitações à atividade das cortes. Segundo entrevista do primeiro ministro concedida à época das convenções constituintes, a adoção da cláusula estava diretamente relacionada à adoção da supremacia judicial, tendo afirmado que a cláusula “É uma maneira que as legislaturas, federais e provinciais têm de garantir que a última palavra seja realizada pelos representantes eleitos do povo e não pelos tribunais”<sup>365</sup>.

A frase de Pierre Trudeau elucida a preocupação existente entre os governantes do Canadá, ainda na década de 80, sobre como a não imposição de limitações ao Judiciário poderia impactar a tradição de supremacia parlamentar que o país possuía e também a democracia concebida naquele.

No mesmo sentido do então primeiro ministro, como anotam Johansen e Rosen, o advogado geral da província de Ontário<sup>366</sup> já revelava a preocupação da Carta em estabelecer um equilíbrio entre legisladores e as cortes, sobretudo diante do receio da possibilidade de cortes decidirem em nítida afronta ao interesse público. Tal fato se daria porque as Cortes não estariam sujeitas ao crivo popular, enquanto que a *accountability* inerente aos mandatos dos legisladores asseguraria a utilização da *override clause* apenas em situações adequadas, como de fato a história constitucional do país mostra, haja vista a baixíssima utilização do instituto.

---

<sup>364</sup> JOHANSEN, David, ROSEN, Phillip. Reportam a rejeição do primeiro ministro de New Brunswick, que abertamente criticou a inserção do instituto e se comprometeu a utilizar seus meios para impedir que o legislativo da sua província utilizasse o mecanismo de controle criado, in: Canadian Inter-Governmental Conference Secretariat, federal-provincia conference of first ministers on the Constitution, 5 november, 1981.p. 114, *apud* JOHANSEN, David, ROSEN, Phillip. *Op. Cit.*

<sup>365</sup> Tradução livre de: “it is a way that the legislatures, federal and provincial, have of ensuring that the last word is held by the elected representatives of the people rather than by the courts.” Entrevista do primeiro ministro Pierre Trudeau, In: DAVID, Johansen. *Op. Cit.*

<sup>366</sup>JOHANSEN, David, ROSEN, Phillip. *Ibidem.*

Certamente, um dos argumentos que advogou a favor da inclusão do mecanismo de controle foi a certeza de que a utilização equivocada da cláusula pelos representantes do povo não seria ignorada pelos eleitores, apontando a quase inexistente utilização da cláusula que existia na Bill of Rights de 1960 como exemplo de inexistência de risco decorrente da medida.<sup>367</sup> Os autores que escrevem sobre o tema anotam a existência de um alto preço político para a utilização dessa cláusula que inibiria a utilização frequente.

Os antecedentes históricos de tal mecanismo de controle, como informam Tsivi Kahana<sup>368</sup> e Peter Hogg<sup>369</sup>, pode parecer algo incomum para estudantes de direito não familiarizados com a tradição jurídica do Canadá, mas, na verdade, não é algo sem precedentes naquele país. Segundo os autores, além da Bill of Rights de 1960, algumas províncias já possuíam o mecanismo que permitia a resolução política de conflitos normativos existentes entre as constituições das províncias e suas legislações, assegurando a primazia das constituições provinciais desde que não invocada cláusula de superação pelo respectivo corpo legislativo.

A conclusão exposta por Johansen e Rosen<sup>370</sup>, extraída a partir da análise dos comentários dos juristas e parlamentares presentes à conferência dos primeiros ministros de 1981, aponta que o estabelecimento da mecanismo de controle de constitucionalidade foi concebido para ser utilizado em raras hipóteses, uma autêntica “válvula de segurança”, somente utilizado para decisões judiciais inaceitáveis e diante de suporte popular, diante de seu alto custo de utilização.<sup>371</sup>

A cláusula não obstante, diante do que foi exposto, possuía um claro propósito de uso reativo à decisões das Cortes que versassem sobre matérias constitucionais, entretanto, em razão da ausência de uma linguagem precisa e

---

<sup>367</sup> JOHANSEN, David, ROSEN, Phillip. *Op. Cit.*, citando especificamente o a entrevista de um representante do governo da Colúmbia Britânica.

<sup>368</sup> KAHANA, Tsivi. *Op. Cit.*, p. 14 e 15.

<sup>369</sup> HOGG, Peter W. *Constitutional Law of Canada...* *Op. Cit.*, p.39.1-39.2, aponta que a Carta de Direitos Carta de direitos humanos e liberdades de Quebec continham, por exemplo, previsões expressas de possibilidade de conferir vigência a uma lei mesmo quando ela se chocasse com as *Bill of Rights* ou Códigos de Direitos Humanos, desde que expressamente prevista.

<sup>370</sup> JOHANSEN, David, ROSEN, Phillip. *Op. Cit.*

<sup>371</sup> TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights...* *Op. Cit.*

clara na redação da cláusula, vem ocorrendo um uso prospectivo da cláusula de maneira a evitar apreciação e possível declaração de inconstitucionalidade por meio do Judiciário o que segundo Kent Roach<sup>372</sup> pode implicar em problemas para a perspectiva dialógica do constitucionalismo canadense.<sup>373</sup>

Na perspectiva de Roach o uso da cláusula não-obstante em momento posterior a um julgado certamente transpareceria para o povo que o Legislativo discordava da posição estabelecida pelo Judiciário e não da própria constituição, haveria um conflito de interpretações entre os Poderes. Em sentido contrário, quando o Legislativo utiliza a *override clause* preventivamente pode dar a entender que decidiu tal matéria sem se preocupar com eventual posição de outro ator constitucional, possibilitando uma maior rejeição popular em reação à medida tomada.<sup>374</sup>

A maior parte dos diálogos existentes entre Legislativo e Judiciário no Canadá não ocorre em razão da utilização da Cláusula 33, que só foi utilizada uma vez em resposta a decisão da Suprema Corte, pela Província de Quebec após o julgamento de Ford v. Quebec (1988), no qual a Suprema Corte decidiu que a lei da província que proibia aposição de sinais em qualquer outra língua que não a francesa seria contrária à liberdade de expressão, utilizou a cláusula não-obstante para manter a lei apesar do julgado da Corte.<sup>375</sup>

Entretanto Tsvi Kahana sustenta que o “notwithstanding mechanism” embora possa ser utilizado sob duas perspectivas: uma para corrigir erros do judiciário e outra sob uma perspectiva de parceria entre legislativo e judiciário. A tese do autor sustenta que o desenvolvimento da teoria constitucional deve apontar para uma solução na qual o judiciário não é visto como herói representante de todas as virtudes, assim como o legislativo deixa de ser o representante de uma tirania da maioria, de forma que a anterior concepção de embate entre cortes e legislativo deveria ceder espaço a um modelo de parceria na interpretação da constituição.

---

<sup>372</sup> ROACH, Kent. Dialogic Judicial Review and its Critics. In: Supreme Court Law Review. 23(2d). 2004. P. 60-61.

<sup>373</sup> TUSHNET, Mark. Weak Courts, Strong Rights... *Op. Cit.*

<sup>374</sup> ROACH, Kent. *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>375</sup> KAHANA, Tsvi. *Op. Cit.*, p. 255.

Segundo o autor, mesmo a utilização da cláusula não-obstante, que alguns teóricos apontam ter um alto custo político, seria sim tolerada pela população canadense se a utilização se revelasse adequada, não somente em casos de erros do judiciário, mas também como um mecanismo de diálogo, de implementação da parceria na interpretação constitucional, por possibilitar a reinserção da legislatura no debate sobre o sentido da constituição.<sup>376</sup>

#### 4.3 O DIÁLOGO INSTITUCIONAL NO CANADÁ

Com base na obra de Peter Hogg e Allison Bushell<sup>377</sup> a possibilidade de sequências legislativas, posicionamento posterior do legislativo que integraria ou até contrariaria, por meio de lei ordinária, as decisões da Suprema Corte do Canadá levaria não a um modelo de monopólio do judiciário ou legislativo, mas um autêntico processo dialógico no qual o Judiciário, por meio da Suprema Corte, atuaria com importante função de incluir os direitos das minorias que deveriam ser levados em conta pelo Legislativo, representante dos interesses da maioria, sem obrigatoriamente esgotar o debate em tal instância, não haveria necessariamente uma última palavra a partir da decisão do Judiciário.<sup>378</sup>

Hogg e Bushell destacam o papel fundamental que o Judiciário como instituição apta a inserir valores jurídicos no debate acerca de direitos fundamentais e na consequente possibilidade de incluir novos elementos de debate o que acarretaria em eventual fomento do debate popular sobre o direito das minorias, uma vez que, muitas vezes, tais elementos somente seriam evidenciados à população razão do debate ocorrido no julgamento. Nesse sentido, logo no início do artigo os autores apontam que:

Em locais nos quais as decisões judiciais (sobre o sentido da constituição) estão sujeitas a uma reversão legislativa, modificação ou até passíveis de serem evitadas, é relevante se ater aos relacionamentos entre Cortes e o competente corpo legislativo como

---

<sup>376</sup> KAHANA, Tsivi. *Op. Cit.*, p. 275-279.

<sup>377</sup> HOGG, Peter W. e BUSHELL, Allison. The charter dialogue between courts and legislatures... *Op. Cit.*, p. 75-124.

<sup>378</sup> Como exposto anteriormente, Kent Roach acresce a relevância da cláusula não obstante à formatação do diálogo, concluindo que não é possível falar nem em Supremacia Judicial ou Supremacia do Parlamento, *in*: ROACH, Kent. *Op. Cit.*, p. 368-370.

um diálogo. Em tal caso, a decisão judicial causa um debate público no qual os valores da Carta atuam em um papel mais significativo do que se não houvesse decisão judicial. O órgão legislativo está em condições de elaborar uma resposta que respeite devidamente os valores da Carta identificados pelo Tribunal, mas que cumpra os objetivos sociais ou econômicos que a decisão judicial impediu.<sup>379</sup>

O emblemático artigo dos supracitados autores canadenses demonstra que na prática do direito constitucional canadense a jurisdição constitucional não poderia ser taxada de não democrática, mas que nas decisões envolvendo matéria constitucional haveria, na verdade, espécie de interação dos legisladores que teriam deferência para com as considerações da Suprema Corte, uma vez que comumente acatariam às decisões do Judiciário, adequando as leis para corresponder ao sentido da Constituição interpretado pela Corte. Segundo os autores, o mais comum seria que a Constituição implicasse em vedação não ao objetivo perseguido pela legislação, mas aos processos de implementação das, de forma que sucessivamente às decisões versando sobre matéria constitucional sobreviriam leis adequando a legislação existente, e asseveram que:

A Constituição pode atuar como catalisador para uma troca recíproca entre judiciário e legislativo no tópico de direitos humanos e liberdades, mas raramente levantará uma barreira absoluta para os desejos das instituições democráticas.<sup>380</sup>

Realizando trabalho de pesquisa de julgados ainda na década de 90, Hogg e Bushell encontraram dados significativos acerca das respostas legislativas ao controle exercido pelo Judiciário. Os autores afirmam que em cerca de 80% dos casos pesquisados – de 65 casos analisados - ocorreu posterior legislação versando sobre o tema e a maior parte das leis foram editadas em até dois anos após a decisão da corte competente.<sup>381</sup>

---

<sup>379</sup> Tradução livre de: “Where a judicial decision is open to legislative reversal, modification, or avoidance, then it is meaningful to regard the relationship between the Court and the competent legislative body as a dialogue. In that case, the judicial decision causes a public debate in which Charter values play a more prominent role than they would if there had been no judicial decision. The legislative body is in a position to devise a response that is properly respectful of the Charter values that have been identified by the Court, but which The legislative body is in a position to devise a response that is properly respectful of the Charter values that have been identified by the Court, but which accomplishes the social or economic objectives that the judicial decision has impeded.” HOGG, Peter W. e BUSHELL, Allison. *Op. Cit.*, p. 79-80.

<sup>380</sup> HOGG, Peter W. e BUSHELL, Allison. *Ibidem*. p. 81.

<sup>381</sup> HOGG, Peter W. e BUSHELL, Allison. *Op. Cit.*, p. 96-101.

Os autores atentam para outro interessante dado: os legisladores estariam se engajando na prática do diálogo com as cortes, uma vez que a própria linguagem utilizada por aqueles demonstra a consideração das decisões judiciais, destacando-se previsões preambulares e cláusulas que destacavam finalidade da lei, muitas vezes adotando expressamente vernáculos utilizados pelas Cortes. Os autores citam casos expressos nos quais o legislativo expressamente inserem no preâmbulo disposições justificando as razões urgentes e limites razoáveis para a edição do ato legislativo, tal qual determinado pelo Judiciário.

Um caso muito ilustrativo do debate havido entre as instituições trazido por Hogg e Bushell remete ao julgamento da Suprema Corte de 1991<sup>382</sup> que declarou inconstitucionalidade de parte de uma lei regulatória do sistema aeroportuário em razão de ser desproporcionalmente contrária ao direito da liberdade de expressão. Em resposta, a regulamentação que se sucedeu não só continha significativa redução sobre as limitações da liberdade de expressão, mas também foi utilizado um relatório de impacto por parte do Departamento de Transportes que demonstrava como a ausência de regulamentação prejudicou a organização aeroportuária após a decisão da Suprema Corte, incluindo novos fatores empíricos talvez não observados pelo órgão julgador que certamente poderia ser considerado em eventual retorno do assunto à pauta do Judiciário. Além do exposto, o julgado mencionava diretamente o julgado e explicando que as novas regras não conflitavam com o fim perseguido pela Corte no caso.<sup>383</sup>

A resposta do Parlamento à decisão de Thibaudeau<sup>384</sup> salienta que é um erro considerar que a Carta atribui um veto aos juízes não eleitos sobre a vontade democrática dos órgãos legislativos competentes. Os legisladores do Canadá não são indiferentes às preocupações com igualdade e liberdades civis que são levantadas em casos constitucionais, e nem sempre esperar por um tribunal para "forçá-los" a alterar suas leis antes que eles estejam dispostos a considerar leis mais justas, menos restritivas ou mais inclusivas. A influência da Carta se estende muito além das fronteiras do que os juízes definem como obrigatórias. O diálogo da Carta pode continuar fora dos

---

<sup>382</sup> O caso citado pelos autores é *Commonwealth of Canada v. Canada*, de 1991.

<sup>383</sup> HOGG, Peter W. e BUSHHELL, Allison. *Op. Cit.*, p. 102.

<sup>384</sup> Tal julgado versava sobre a possibilidade de incidência de imposto de renda sobre alimentos recebidos por parente que detivesse custódia de menor, o Parlamento, pouco tempo após o julgado, realizou emenda na lei para impedir a tributação em tal hipótese.

tribunais, mesmo quando os tribunais sustentam que não há uma questão da Carta a ser discutida.<sup>385</sup>

Vê-se, portanto, que no Canadá a decisão da Suprema Corte não se reveste necessariamente de um atributo de supremacia em relação aos atos dos demais Poderes, o Judiciário não proferiria a última palavra sobre o sentido da Constituição, isto é, após o julgamento por parte do competente órgão judicial para declarar a inconstitucionalidade de ato ou lei, o legislador ou outro órgão correspondente poderia complementar, integrar ou até reverter a decisão judicial, desde que fundada em parâmetros razoáveis dentro do previsto no artigo 1º da Constituição.

É necessário salientar, no entanto, que o artigo de Hogg e Bushell de 1997 foi objeto de críticas em razão da grande amplitude do conceito de diálogos empregados pelos autores<sup>386</sup>, uma vez que, para os autores supracitados, o diálogo institucional poderia ser toda e qualquer resposta legislativa, contrária ou favorável, inclusive o silêncio, em relação à decisão da corte, uma vez que um possível resultado advindo de um diálogo é a aquiescência, sendo todas as formas de respostas salutar ao desenvolvimento e amadurecimento da Constituição.

Outra crítica formulada por Manfredi e Kelly se reportava à própria concepção de diálogo expressa por Hogg e Bushell, uma vez que aqueles sustentavam que não poderia ser concebida uma ideia de autêntico diálogo pela pressuposição segundo a qual o sentido da Constituição equivaleria àquele atribuído pela Suprema Corte<sup>387</sup>, ao passo que Manfredi e Kelly

---

<sup>385</sup> Tradução livre de: *"Parliament's response to the Thibault decision emphasizes that it is a mistake to view the Charter as giving non-elected judges a veto over the democratic will of competent legislative bodies. Canada's legislators are not indifferent to the equality and civil liberties concerns which are raised in Charter cases, and do not always wait for a court to "force" them to amend their laws before they are willing to consider fairer, less restrictive, or more inclusive laws. The influence of the Charter extends much further than the boundaries of what judges define as compulsory. Charter dialogue may continue outside the courts even when the courts hold that there is no Charter issue to talk about."* In: HOGG, Peter W. e BUSHELL, Allison. *Op. Cit.*, p. 105.

<sup>386</sup> Entre outros, destaca-se o artigo Manfredi e Kelly que atacam frontalmente o artigo de Hogg e Bushell suscitando que a pesquisa empírica possuía falhas de interpretação dos dados coletados, assim como a própria concepção de diálogo, pois sustentavam que somente haveria autêntico diálogo em situações nas quais a sequência legislativa ia de encontro à decisão do judiciário, *in*: KELLY, James B.; MANFREDI, Christopher P. *Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell*. *Osgood Hall Law Journal*, v. 37, n. 3. P. 513-527.

<sup>387</sup> Em várias passagens do artigo de Hogg e Bushell os autores se referem à Constituição como as próprias decisões da Suprema Corte, configurando um sistema no qual a Suprema

sustentavam que somente num sistema no qual houvesse igualdade na determinação do sentido da constituição é que poderia se considerar um efetivo diálogo.<sup>388</sup>

Em 2007, após inúmeras construções teóricas sobre a forma fraca do controle de constitucionalidade e também críticas, Hogg e Bushell escreveram novo artigo pretendendo dar uma resposta aos críticos, sanar possíveis dúvidas que o artigo inaugural poderia deixar, assim como também observar como as instituições teriam se portado em relação ao diálogo ao longo dos 10 anos após a formulação da teoria dos diálogos. De fato, os autores defensores da prática dos diálogos confirmam que em sua compreensão o Judiciário teria o papel final de interpretar a Constituição, embora sujeito às sequências do legislativo, nesse sentido, veja-se a resposta de Hogg e Bushell:

Discordamos da sugestão de que assumimos um monopólio judicial sobre a interpretação correta da Carta. O que nós supomos é um monopólio judicial sobre a interpretação final da Carta. Nós não negamos que os tribunais às vezes entendem errado. Cada um de nós tem uma decisão da Carta ou duas que achamos que foi decidida incorretamente. Tudo o que foi discutido no (artigo) "Charter Dialogue", e novamente na resposta de 1999 a Manfredi e Kelly, foi que as decisões da Carta dos tribunais, sejam certas ou erradas, raramente impedem uma sequência legislativa e geralmente recebem uma. Coletivamente, nós podemos ter comodidade com a capacidade dos órgãos legislativos para responder a essas decisões da Carta, nas quais a Corte simplesmente "entende equivocadamente".<sup>389</sup>

Indo além, Hogg e Bushell assumem que todos os Poderes tem função interpretativa da Constituição, mas a palavra final em controvérsias sobre o sentido jurídico da Carta tal qual estabelecido no texto desta seria da Suprema Corte, o que poderia ser comprovado pela existência da possibilidade de o

---

Corte ainda possuiria a primazia na determinação do sentido da Constituição. HOGG, Peter W. e BUSHELL, Allison. *Op. Cit.*

<sup>388</sup> Manfredi e Kelly: KELLY, James B.; MANFREDI, Cristopher P. Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell. *Osgood Hall Law Journal*, v. 37, n. 3. P. 513-527.

<sup>389</sup> Tradução livre de: "We disagree with the suggestion that we assume a judicial monopoly on correct interpretation of the Charter. What we assume is a judicial monopoly on final interpretation of the Charter. We do not deny that the courts sometimes get it wrong. We each have a Charter decision or two that we think was incorrectly decided. All that was argued in "Charter Dialogue," and again in the 1999 response to Manfredi and Kelly, was that the Charter decisions of the courts, whether right or wrong, rarely preclude a legislative sequel, and usually receive one. Collectively, we take comfort in the ability of legislative bodies to respond to those Charter decisions where the courts simply "get it wrong." In: HOGG, Peter W.; THORNHTON BUSHELL, Allison; e WRIGHT, Wade K. Charter Dialogue Revisited: Or "Much Ado About Metaphors". *Osgoode Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 1-65, 2007. P. 32.

Parlamento aplicar a cláusula da seção 33 para combater esta interpretação; também estaria legitimados executivo ou legislativo para modificar ato ou lei expressamente declarados inconstitucionais em razão de mudanças no panorama da sociedade.<sup>390</sup>

Tal posicionamento parece ter restado claro no artigo de 1997, quando os autores afirmam que haveria de fato a impossibilidade de o legislativo visitar as decisões da Suprema Corte quando a *holding* do julgado deixasse evidente que o objetivo perseguido pela legislação não fossem razoáveis para justificar contrariedade aos direitos estabelecidos na Constituição.<sup>391</sup> Diante de tal cenário somente restaria a opção de recorrer à utilização da cláusula não-obstante, restabelecendo temporariamente as provisões do legislativo.

O Artigo de Hogg e Bushell de 1997 inaugurou a discussão sobre os diálogos entre Judiciário e Legislativo no Canadá e teve gigantesca repercussão não somente na academia, entre juristas e cientistas políticos que se interessaram pela possibilidade de redimensionamento da tensão entre constitucionalismo e democracia, mas também influenciou a própria atividade do Judiciário, ressaltando-se que somente entre 1997 e 2007 a Suprema Corte se referiu à prática dos diálogos em pelo menos 10 julgados<sup>392</sup>, havendo mais 17 casos entre Cortes Superiores das Províncias - sendo necessário salientar que a Suprema Corte canadense julga em média muito menos que 100 casos por ano<sup>393</sup>. Em item de conclusão de tal artigo, os autores concluíram que houve de fato uma redução entre 1997 e 2007 das sequências legislativas como respostas à decisão das Cortes, mas que o percentual vislumbrado de 61% ainda permitia considerar a permanência do diálogo entre instituições.

A teoria de interação entre Corte e Parlamento dos autores parece ter sido, inicialmente, expressamente aceita pela Suprema Corte, tendo um dos *Justices* – Iacobucci – consignado que o trabalho da corte seria de fiscalizar o

---

<sup>390</sup> HOGG, Peter W.; THORNHTON BUSHELL, Allison; e WRIGHT, Wade K. Charter Dialogue Revisited: Or "Much Ado About Metaphors". *Osgoode Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 1-65, 2007. P. 33-34.

<sup>391</sup> HOGG, Peter W. e BUSHELL, Allison. *Op. Cit.* p. 93.

<sup>392</sup> HOGG, Peter W.; THORNHTON BUSHELL, Allison; e WRIGHT, Wade K. Charter Dialogue Revisited: Or "Much Ado About Metaphors". *Osgoode Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 1-65, 2007. P. 5, os autores apontam todos os 10 casos até então julgados pela Suprema Corte do Canadá na qual houve menção aos diálogos.

<sup>393</sup> Dados estatísticos disponíveis em <[http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2018/csc-scc/JU7-3-2007-eng.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2018/csc-scc/JU7-3-2007-eng.pdf)> acesso em março de 2017.

legislativo, mas que a decisão da Corte poderia sofrer reação em deliberação legislativa posterior e que o processo de interpretação da Suprema Corte não seria definitivo, bem como sempre sujeito ao controle final por meio da cláusula 33<sup>394</sup>.

Em outro julgado *M. v. H* de 1999, a Suprema Corte expressamente manifestou que o *judicial review* pode representar o início de um diálogo entre cortes e legislativo, não podendo ser considerado como uma atividade que encerraria em si mesma as deliberações democráticas, tendo decidido que seria concedido um prazo de 6 meses para o Legislativo corrigir a lei que não incluía a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Tais posicionamentos são deveras ilustrativos e denotam a diferença de posicionamento no qual a própria Suprema Corte do Canadá se insere no debate sobre o sentido da Constituição.

Uma grande importância do segundo estudo apresentado pelos autores que lançaram a tese do diálogo institucional é o estudo dos casos nos quais a Suprema Corte canadense se deparou com a apreciação de questões cuja inconstitucionalidade havia sido declarada e uma lei superveniente do Legislativo modificou a anterior, os chamados *second look cases* (segundo olhar). Segundo os autores, a Suprema Corte teria constantemente remetido, em tais ocasiões, ao diálogo entre instituições para aquiescer às escolhas do legislador, mas ressaltando que nem sempre a sequência legislativa implicava na necessidade de a Corte aderir ao posicionamento, isto é, a Corte se colocava em status de igualdade com o Legislativo. Razão pela qual não se pode estabelecer que há um padrão de total deferência por parte da Suprema Corte canadense às decisões do legislativo, argumentando o autor que a mesma mantém sua independência.<sup>395</sup>

---

<sup>394</sup> Os autores transcrevem trecho do julgado (*Vriend v. Alberta*, 1998) no qual o Justice menciona que “*the work of the legislature is reviewed by the courts and the work of the court in its decisions can be reacted to by the legislature in the passing of new legislation*”. In: HOGG, Peter W.; THORNHTON BUSHHELL, Allison; e WRIGHT, Wade K. Charter Dialogue Revisited: Or “Much Ado About Metaphors”. *Osgoode Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 1-65, 2007. p. 9.

<sup>395</sup> HOGG, Peter W.; THORNHTON BUSHHELL, Allison; e WRIGHT, Wade K. *Op. Cit.*, p. 19. Os autores observam que desde aproximadamente o ano 2000 a Suprema Corte alterna deferência e ataque às sequências legislativas, não podendo ser caracterizado, atualmente, um estado de alta deferência ao parlamento.

Outro importante instrumento que retrata como a Suprema Corte desenvolveu o papel do diálogo é a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade (*delayed declaration of invalidity*). Como apontam Hogg e Bushell<sup>396</sup> e também Kent Roach<sup>397</sup>, a Suprema Corte diante de casos nos quais a invalidação imediata de uma lei possa provocar um vácuo legislativo mais perigoso do que a manutenção da norma inconstitucional, faz uma espécie de apelo ao legislador para que o mesmo edite a lei sanando a inconstitucionalidade em tempo razoável, geralmente até 18 (dezoito) meses, somente invalidando a lei se transcorrido o prazo sem a atividade do legislativo. Segundo Roach, tal medida é salutar para o diálogo, pois permite que o legislativo adote entre diversas opções geralmente pré-estabelecidas pelas Cortes.

#### 4.4 A TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUI UMA OPÇÃO INTERMEDIÁRIA ENTRE SUPREMACIA JUDICIAL E SUPREMACIA PARLAMENTAR?

Ante o exposto sobre a conformação de um modelo próprio no Canadá que posteriormente influenciou as práticas em outros países, a pergunta formulada no título do presente título parece passível de ser respondida, afinal o modelo canadense é realmente um modelo intermediário entre as duas tradicionais concepções de supremacia parlamentar e judicial?

Uma das grandes críticas formuladas ao modelo do controle fraco de constitucionalidade é a necessidade de constante equilíbrio e respeito dos atores constitucionais, uma vez que o sistema possibilita uma instabilidade operacional, pois a depender da deferência que as instituições tenham uma para com a outra pode findar por ser estabelecida uma supremacia parlamentar ou uma supremacia judicial. Isto porque em eventual caso de o judiciário iniciar a proceder com a invalidação das sequências legislativas e o legislativo passar a acatar demasiadamente as decisões das cortes, tornar-se-ia muito semelhante aos modelos de supremacia judicial, enquanto que o oposto, isto é, a constante edição de atos ignorando os pronunciamentos das cortes ou

---

<sup>396</sup> HOGG, Peter W.; THORNHTON BUSHELL, Allison; e WRIGHT, Wade K. *Op. Cit.*

<sup>397</sup> ROACH, Kent. *Dialogic Judicial Review and its Critics... Op. Cit.*, p. 64-65.

abusando da utilização da cláusula não-obstante, remeteria exatamente ao tradicional modelo de supremacia do parlamento.<sup>398</sup> Eventual desequilíbrio havido nos sistemas de controle fraco poderia findar por resultar na prevalência de um dos desenhos institucionais tradicionais.

Este é, aliás, um dos apontamentos de Mark Tushnet, como apontado por Mauro La Sallette, pois o autor considera que há probabilidade de os sistemas de controle fraco cederem lugar a um desenho institucional de natureza forte, com prevalência do judiciário, pois mesmo o legislativo possuindo o poder de afastar as decisões das cortes, findam – em função de diversos motivos como cultura jurídica e receio de reação popular - por não fazê-lo.<sup>399</sup>

Para Kent Roach, o controle de constitucionalidade dialógico é uma alternativa diferente dos tradicionais modelos, sobretudo porque proporcionaria em regra a possibilidade de uma resposta rápida, assim preceitua o citado autor:

*A judicial review dialógica refere-se a qualquer projeto constitucional que permita direitos, contidos em uma declaração de direitos e interpretada pelos tribunais, a ser limitada ou anulada pela legislação ordinária de uma legislatura democraticamente. Esta definição de jurisdição constitucional dialógica tem enfoque sobre questões de estrutura constitucional e a rejeição constitucional da supremacia judicial e legislativa.*<sup>400</sup>

Gardbaum parece concordar com a tese de Kent Roach, pois considera que os membros da comunidade britânica inauguraram de fato um novo modelo de constitucionalismo ao reconciliar o princípio do autogoverno, representado pela valorização do processo de representação do legislativo, com a tutela de direitos fundamentais. O novo arranjo incluiria uma dinâmica diferenciada na separação de poderes que respeita a contribuição das

---

<sup>398</sup> LA SALETTE, Mauro. Controle de constitucionalidade fraco e diálogos interinstitucionais. 2015. Dissertação – UFPE, Recife. P. 77.

<sup>399</sup> *ibidem*. p. 77.

<sup>400</sup> Tradução livre de: “*Dialogic judicial review refers to any constitutional design that allows rights, as contained in a bill of rights and as interpreted by the courts, to be limited or overridden by the ordinary legislation of a democratically enacted legislature. This definition of dialogic judicial review focuses on issues of constitutional design and the constitutional rejection of both judicial and legislative supremacy.*”, in: ROACH, Kent. *Op. Cit.*, p. 55.

diferentes funções, mas privilegia a legitimidade democrática, que possuiria um alto ônus político pelo uso das sequências legislativas.<sup>401</sup>

Segundo o autor, tais estados adeptos da forma fraca de controle de constitucionalidade procuraram obter equilíbrio institucional neste novo tipo de constitucionalismo, atribuindo responsabilidade conjunta às instituições no papel de definir direitos fundamentais, estabelecendo, assim, uma terceira alternativa ao tradicional modelo de direitos, “um terceiro e novo modelo de constitucionalismo entre uma declaração de direitos plenamente constitucionalizada e a plena supremacia legislativa”<sup>402</sup>, diferente das duas únicas concepções conflitantes preexistentes.

Para o supracitado autor, o novo modelo dialógico de constitucionalismo teria uma espécie de superioridade normativa, uma vez que combinaria os pontos fortes e evitaria os pontos fracos dos modelos tradicionais pois intentar garantir os direitos fundamentais e restringir o poder governamental, mas de uma forma que daria o máximo reconhecimento ao princípio da tomada de decisões democraticamente responsável e da igualdade política. Contudo, assim como Tushnet, o autor aponta que a indevida utilização dos instrumentos presentes na Constituição canadense poderia findar por resultar num sistema de supremacia judicial.<sup>403</sup>

Igualmente e de maneira bastante elucidativa, Conrado Hubner Mendes anota que de fato a teoria do diálogo acarreta em inovação aos tradicionais modelos:

Os excessos da teoria normativa, como vimos, produziram apoteoses da última palavra, batalhas imaginárias entre o juiz heroico e o legislador moralmente decaído, ou entre o juiz ideologicamente dissimulado e o legislador virtuoso e exemplar. Em outro nível, enxergou-se também um conflito entre os direitos fundamentais e a democracia, entre maiorias e minorias etc. Algumas teorias do diálogo, por sua vez, abaixam o tom e rejeitam uma disputa que aparenta ser ingênua. Fomentam a possibilidade de co-existência entre parlamentos e cortes constitucionais, sem a necessidade de

---

<sup>401</sup> Neste sentido, interpretando Gardbaum: ANDRADA, Bonifácio José Suppes de. A Constituição Fora das Cortes: controle de constitucionalidade e democracia representativa. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós- Graduação da Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. PUC-MG: Belo Horizonte, 2015. P. 120 e ss.

<sup>402</sup> Tradução livre de: “*a new third model of constitutionalism in between a fully constitutionalized bill of rights and full legislative supremacy.*”, GARDBAUM, Stephen. *Op. Cit.*

<sup>403</sup> GARDBAUM, Stephen. *Op. Cit.*

escolher entre um e outro de modo excludente. Não se posicionam, necessariamente, sobre o modelo de melhor e de pior.<sup>404</sup>

Entretanto, insatisfeito com as insuficiências dos modelos de diálogos, o autor da tese expõe o objetivo de conciliar as teorias do diálogo constitucional com as teorias da última palavra, pois o autor não considera que é a atribuição da última palavra a um determinado ator que necessariamente configuraria um maior ou menor caráter democrático. O autor da tese sustenta que “A política é uma seqüência ininterrupta de contestações e revisões das decisões de autoridade. Isso não é regressão ao infinito, mas continuidade histórica”<sup>405</sup>.

É possível compreender que a tese de Conrado Hubner Mendes defende a ideia de um diálogo pois, como afirma: “a interação deliberativa entre os poderes tem um potencial epistêmico, ou seja, maior probabilidade de alcançar boas respostas nos dilemas constitucionais ao longo do tempo” como uma saída aos modelos estanques de supremacia judicial ou supremacia do parlamento que podem conferir um infundável conflito na tensão entre democracia e constitucionalismo em razão da subutilização da separação dos poderes. Entretanto, é necessário ressaltar que o diálogo compreendido pelo autor não se limita aos termos do debate havido no Canadá, mas um diálogo mais próximo da lógica departamentalista que atribui à necessária deliberação entre poderes e a não formação de uma última palavra estanque, imutável.

Situando a teoria dialógica como um modelo diferenciado das tradicionais concepções de supremacia parlamentar x judicial e que possibilita maior participação democrática com necessária participação dos poderes na interpretação da constituição, assim como do povo, César Cichelero, Caroline Ferri e Eduardo Brandão, sustentam que “[A] teoria dialógica pode dar uma resposta adequada, mas incompleta, a uma Separação funcional de Poderes, baseada num diálogo através de uma teoria que funde equilíbrio e parceria.”<sup>406</sup>

---

<sup>404</sup> MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação... LA SALETTE, Mauro., p. 168

<sup>405</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>406</sup> Tradução livre de: “[...] *dialogic theory can give an adequate, but yet incomplete, response to a functional Separation of Powers, based on a dialogue through a theory that fuses equilibrium and partnership.*” CICHELERO, César Augusto; FERRI, Caroline; NUNES, Eduardo Brandão. From an idealized separation of powers to its practical problems in the Rule of Law. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 15-40, jan./abr. 2018 p. 17

Por fim, Rodrigo Brandão defende a superioridade normativa de um modelo dialógico, pois cada um dos poderes poderia contribuir com suas diferentes capacidade institucionais e conhecimentos específicos, possibilitando que o procedimento de tomada de decisão realizado num esquema dialógico tenha mais valor qualitativo para a sociedade. Nesse sentido, transcreva-se parte da lição do referido autor:

Em síntese, acredita-se que um modelo dialógico articula d forma mais proveitosa o autogoverno do povo os direitos fundamentais do que os modelos de supremacia (seja parlamentar ou judicial), já que: (I) provê múltiplos pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas (sobretudo o Judiciário e o Legislativo), o que promove o pluralismo e a democracia; (II) reduz a oportunidade de atuação unilateral de quaisquer “poderes”, intensificando os mecanismos de freios e contrapesos, fator que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal.

Ademais, tal modelo de circularidade procedimental (III) torna a concretização da Constituição um processo interativo, no qual cada um dos poderes contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisão mais qualificado, circunstância que – especialmente quando estiverem em jogo questões complexas – tende a produzir decisões melhores, a forjar consenso políticos e a garantir segurança jurídica.<sup>407</sup>

Ao final, Brandão conclui que um processo dialógico de interpretação da constituição leva a resultados provisórios, ainda que revestidos da segurança jurídica, mas que se sujeitam à possibilidade de autocorreção, em razão da capacidade que os diversos atores institucionais têm de influenciar o processo interpretativo, inclusive o próprio povo.<sup>408</sup>

---

<sup>407</sup> BRANDÃO, Op. cit., p. 356-357.

<sup>408</sup> BRANDÃO, *ibidem.*, p. 357.

## 5. A INFLUÊNCIA DO *JUDICIAL REVIEW* NO BRASIL

O objeto do presente capítulo versa sobre as influências que a prática do *judicial review* nos Estados Unidos trouxe para o Brasil, e também o debate sobre a tensão entre constitucionalismo e democracia, almejando investigar a hipótese de a supremacia judicial ser ou não, no país, um fator que enseja a chamada dificuldade contramajoritária. Para tanto, colaciona-se as influências históricas advindas do modelo americano, sua implantação no Brasil e uma sintética análise da evolução da jurisdição constitucional, com o objetivo de aferir se há, de fato, supremacia judicial e se a existência da mesma pode confirmar a hipótese retromencionada.

O tema da legitimidade da jurisdição constitucional, apesar das grandes diferenças existentes entre as constituições do Brasil e dos Estados Unidos, aproxima-se da problemática discutida nesse último, sobremaneira agravada durante o período da corte Warren, na década de 1950, período que originou as teorias da dificuldade contramajoritária, matéria que é até hoje largamente discutida naquele país<sup>409</sup>.

Assim, com a crescente atuação do Supremo Tribunal Federal, as mesmas críticas existentes na doutrina norte-americana passam a surgir com relevante recorrência no Brasil.

### 5.1 A INFLUÊNCIA DO *JUDICIAL REVIEW* NO BRASIL E O ATUAL PANORAMA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

À jurisdição constitucional na América Latina não se pode, nos dias atuais, atribuir um roteiro singular de desenvolvimento do controle de constitucionalidade, uma vez que não há um modelo uniforme de controle de Constitucionalidade na região, como aponta Ivo Dantas<sup>410-411</sup>.

---

<sup>409</sup> Friedman caracteriza como uma obsessão da academia. FRIEDMAN, Barry. *The History of the Counter-majoritarian Difficulty, part one.. Op. Cit.*, p. 355.

<sup>410</sup> DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo. 2...Op. Cit.*, p. 277-278.

<sup>411</sup> Na América Latina as influências dos modelos difuso e concentrado fizeram surgir sistemas próprios que mesclam as características daqueles, coexistindo num mesmo ordenamento

Contudo, nas origens do constitucionalismo da região é possível observar que o processo de independência de grande parcela dos países desta foi fortemente influenciado pelo constitucionalismo norte americano, o mesmo tendo ocorrido com a teoria do controle de constitucionalidade, utilizado como instituto voltado a conferir suprallegalidade à Constituição. A título exemplificativo, pode-se citar a adoção do modelo de controle de constitucionalidade no México e Argentina ainda no século XIX<sup>412</sup>.

Diferentemente dos países vizinhos, a matriz teórica do constitucionalismo do Brasil imperial foi marcadamente influenciada pela teoria francesa, mais precisamente a Carta francesa de 1814 juntamente com a teoria de Benjamin Constant, que defendia a instituição de uma monarquia constitucional. Com efeito, na Constituição de 1824, além dos três tradicionais das revoluções burguesas, estabeleceu-se o Poder Moderador, reforçando o poder do Imperador que podia controlar o corpo legislativo. Naquele sistema, competia ao Imperador a competência para fazer observar a Constituição.

Segundo Dirley da Cunha Júnior, a Constituição brasileira de 1824, em seu artigo 15, §§ 8º e 9º, atribuía à Assembleia Geral o dever de proteger a Constituição, vislumbrando-se o dever-poder do exercício do controle da constitucionalidade pela assembleia, ou seja, pela via política. Contudo, o autor ressalta que caberia também ao Poder Moderador, através da “suprema inspeção” dos demais Poderes, a possibilidade exercer o controle de constitucionalidade<sup>413</sup>. Desenvolvia-se, segundo o autor, um controle semelhante ao político, com ênfase no papel do poder do Imperador.<sup>414</sup>

Com a queda do regime monárquico no Brasil, o Governo Provisório iniciou procedimentos para redigir uma nova Constituição, que teve Rui

---

jurídico o controle *in concreto*, que pode ser exercido por qualquer órgão do judiciário, e ações próprias, *in abstracto*, contra atos reputados inconstitucionais, como é o caso do Brasil que possibilita o controle pelas vias jurisdicionais ordinárias e também o controle concentrado de constitucionalidade.

<sup>412</sup> BELAUNDE, Domingo Garcia. *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*. Lima, Peru: Editora Jurídica Grijley, 2003, p. 35-38. Na Argentina, a criação do controle judicial de constitucionalidade ocorreu por decisão da Suprema Corte, haja vista a inexistência de comando expreso da Constituição.

<sup>413</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 290.

<sup>414</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. Cit.*, p. 290.

Barbosa como principal jurista responsável pela elaboração da Constituição de 1891, que viria a ser chamada de Constituição dos Estados Unidos do Brasil. O modelo norte-americano influenciou fortemente a Constituição de 1891 e, a partir da influência de Rui Barbosa e seu conhecimento sobre a Constituição e jurisprudência norte-americana, o Brasil adotou o controle judicial de constitucionalidade, valendo-se do controle pela via difusa.<sup>415</sup>

Normativamente, a positivação do controle de constitucionalidade pela via judicial remete ao Decreto Lei nº 848/1890, que instituiu a Justiça Federal no Brasil. O artigo 386 do supracitado decreto previa expressamente a adoção do Direito norte-americano como fonte subsidiária e, no mesmo diapasão, sua exposição de motivos, apresentada pelo então Ministro Campos Salles, ressaltava explicitamente que entre as funções da Justiça Federal estaria presente o poder de deixar de aplicar a lei quando contrária à Constituição. Campos Salles reportou-se diretamente ao antecedente norte-americano como modelo a ser seguido, como a seguir transcreve-se:

O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sabio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar si ellas são conformes ou não á Constituição, e neste ultimo caso cabe-lhe declarar que ellas são nullas e sem effeito. Por este engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a collocar-se na absurda situação de juiz em sua propria causa.<sup>416</sup>

Denota-se a grande influência que o *judicial review* tal qual desenvolvido na matiz norte-americana passava a exercer no Brasil, que não possuía, até aquele momento, qualquer tradição de controle judicial dos atos dos demais poderes. Assim, sem qualquer antecedente nacional próximo, juízes federais de primeiro grau poderiam deixar de aplicar lei ou atos do Executivo.

Nesse contexto, com a Constituição de 1891 restou inaugurada a legitimidade normativa para o exercício do controle judicial de constitucionalidade no Brasil, decorrendo de expressa previsão do texto constitucional, sendo, pois, funcional, diferentemente do ocorrido nos Estados

---

<sup>415</sup> RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

<sup>416</sup> Exposição de motivos do Decreto nº 848, de 11 de Outubro de 1890, disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-norma-pe.html> acessado em junho de 2017.

Unidos, onde, como se expôs, há discussão doutrinária acerca da autorização constitucional ou não para exercício do controle de constitucionalidade pelo Judiciário.

Entretanto, apesar de um longo histórico da presença do controle de constitucionalidade nas diferentes Constituições do País, é possível afirmar que sempre houve timidez na utilização da jurisdição constitucional e somente a partir da Constituição de 1988 é que se pôde verificar uma mudança de paradigma na aplicação do Direito Constitucional. A partir do advento da Constituição de 1988, teve início um movimento com objetivo de conferir maior eficácia às normas constitucionais<sup>417</sup>, semelhantemente ao crescente movimento visto no mundo inteiro após o fim da Segunda Guerra. Em tal contexto, as leis deixaram de ser vistas como a principal fonte do direito, crescendo o papel de destaque da Constituição no âmbito político e social, na medida em que passou também a ser vista como norma autoaplicável pelo Judiciário, bem como pela ampla gama de direitos subjetivos constitucionalmente assegurados aos indivíduos.<sup>418-419</sup>

A partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 o Direito Constitucional<sup>420</sup>, que segundo Luís Roberto Barroso era tratado com relativa indiferença<sup>421</sup> até o advento da atual Constituição, passou a centro de irradiação de todo o ordenamento jurídico, não mais documento essencialmente político e programático, mas uma autêntica norma jurídica e com o atributo da supralegalidade.

Desta feita, atuação do Poder Judiciário, respaldada na própria Constituição, notadamente analítica e com vocação à garantia dos direitos fundamentais e da democracia, juntamente com instrumentos processuais que promoveram maior acesso da população ao Judiciário causaram um insofismável aumento da litigiosidade de matérias constitucionais. Tal

---

<sup>417</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Razão sem voto... Op. Cit.*, p. 23-50.

<sup>418</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670\\_174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670_174218181901.pdf)> acessado em: novembro de 2015

<sup>419</sup> No mesmo sentido: SARMENTO, Daniel; e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Op. Cit.*, p. 36.

<sup>420</sup> Paulo Bonavides faz uma análise histórica acerca da evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, *in*: BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* 325-343.

<sup>421</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 217.

movimento, no entanto, assim como ocorreu nos Estados Unidos, também provocou críticas, sobretudo em razão do incremento do controle judicial de políticas públicas, caracterizando, por vezes, a restrição de atos provenientes de deliberações tomadas democraticamente, provenientes de tomadas de decisões de órgãos não eleitos pelo povo, suscitando uma suposta violação ao princípio da separação de Poderes.

Em tal panorama, o controle de constitucionalidade no Brasil, tentando replicar os êxitos do constitucionalismo europeu e americano, assumiu um papel de destaque como instrumento concretizador das promessas da modernidade que não se efetivaram no País. A Constituição e sua força normativa que gradualmente se tentava estabelecer implicaram em uma crescente tentativa do Judiciário de consecução dos princípios fundamentais, objetivos e provimento das garantias fundamentais, direcionando a atividade dos Poderes Legislativo e Executivo e, por vezes, restringindo sua atuação, num complexo esquema de Separação de Poderes, consagrado nas distribuições de competência dos Poderes e também no artigo 2º da Constituição Federal.

Assim como o papel de Guardiã da Constituição atribuído ao Supremo pelo Poder Constituinte, conforme expressamente previsto no art. 102 da Constituição Federal, o princípio da separação de poderes também é explícito e prevê a independência e harmonia entre Legislativo, Executivo e Judiciário, de forma que a atual e crescente penetração do Judiciário em campos tradicionalmente reservados aos demais poderes, matérias típicas do campo das deliberações políticas, remetem à uma necessária análise das teorias da separação de poderes que foi feita no capítulo 2..

## 5.2 - A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL. A SUPREMACIA DO JUDICIÁRIO

A legitimidade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade no Brasil decorre de previsão expressa do art. 102 da

Constituição Federal<sup>422</sup>, podendo-se compreender essa legitimidade, desde sua original concepção, como um instituto inserido dentro do esquema de freios e contrapesos que visa controlar eventual maioria parlamentar, similarmente ao modelo elaborado defendido pelos federalistas, explicado no capítulo anterior, ou seja, o controle de constitucionalidade tal qual concebido pelo Poder Constituinte, que atua como representante máximo do povo, possuiria uma inerente função de controle das maiorias, sendo, portanto, contramajoritário<sup>423</sup>.

Entende-se, no presente trabalho, que o controle jurisdicional de constitucionalidade, como idealizado originalmente pelo Poder Constituinte, possuiria, de fato, um papel de defesa às minorias contra maiorias eventuais, isto é, de conservação do texto constitucional no escopo de impedir sua modificação ordinária pelos poderes constituídos por mera deliberação parlamentar, mesmo enquanto representante legítimo do povo, com claro escopo de proteger as minorias. Segundo Barroso, a jurisdição constitucional possuiria dois fundamentos de legitimação, conforme se transcreve a seguir:

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos.<sup>424</sup>

Assim, sob o arcabouço constitucional brasileiro, é possível afirmar que a legitimidade da jurisdição constitucional é espécie de atribuição funcional, decorrente da divisão de poderes desenvolvida e adotada pelo Poder Constituinte para a realidade político-jurídica do País, tanto que há inúmeros institutos próprios adequados à nossa realidade como o vanguardista Mandado de Injunção que permite atuação do Judiciário para evitar prejuízos decorrentes de omissões inconstitucionais.

No entanto, diante da crescente atuação do Supremo Tribunal Federal e sua autopromoção a uma posição na qual pode vir a definir o sentido último

---

<sup>422</sup> Constituição Federal de 1988, Artigo. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:[...]

<sup>423</sup> No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. *A Razão sem voto...* Op. Cit., p. 36; e SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Notas sobre jurisdição constitucional e democracia...* Op. Cit., p. 138.

<sup>424</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Razão sem voto: o Supremo tribunal Federal...* Op. Cit., p. 36.

da Constituição, faz-se necessário tentar elucidar uma possível problemática da supremacia judicial, já referida anteriormente nas lições de Ivo Dantas<sup>425</sup> e Paulo Bonavides<sup>426</sup> sobre a assunção de uma posição de superioridade dos órgãos que exercem o controle, conceituada por Sarmento como quase um “Constituinte permanente”<sup>427</sup>. Como se expôs, se ao ser conferido o poder do controle de constitucionalidade ao judiciário há uma posição privilegiada, mas haveria também, necessariamente, a configuração de uma supremacia judicial? Quais as consequências poderiam advir de tal supremacia? Tais perguntas voltarão a ser o enfoque no item posterior.

Na última década, a prática do controle de constitucionalidade no Brasil permite observar um crescente papel do Supremo Tribunal Federal na instância das deliberações tipicamente resguardadas ao campo político/democrático. Tal fato se apresenta, inclusive, com relativa frequência. As decisões do Supremo Tribunal Federal, assim como suas repercussões, são frequentemente veiculadas em jornais, revistas e outros tipos de mídia. Entretanto, esse aumento da publicidade e até a própria natureza das matérias que vêm sendo decididas pelo STF também suscitam questionamentos acerca da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, ensejando, por consequência, uma intensificação dos debates políticos e acadêmicos sobre tal ponto, semelhantemente ao que há muito se debate na América do Norte compreendido dentro dos estudos sobre dificuldade contramajoritária.<sup>428</sup>

A título exemplificativo, é possível citar julgamentos simbólicos nos quais decisões da cúpula do Judiciário interferiram diretamente na sociedade, destacando-se o julgamento que estabeleceu o procedimento de *impeachment* do Presidente da República<sup>429</sup>, acerca das pesquisas com células-tronco

---

<sup>425</sup> DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo...* Op. Cit., p. 230.

<sup>426</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 297.

<sup>427</sup> SARMENTO, Daniel; e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional...* Op. Cit., p. 36.

<sup>428</sup> Exemplificando o fenômeno da dicotomia entre Constitucionalismo e Democracia e como tal fenômeno não é singularidade do Direito no Brasil: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Notas sobre jurisdição constitucional e democracia...* Op. Cit., p. 119.

<sup>429</sup> Supremo Tribunal Federal, Arguição de Preceito Fundamental 378, Acórdão publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 08/03/2016, referente ao *impeachment* da ex-presidente Dilma Roussef.

embrionárias<sup>430</sup>, união homoafetiva<sup>431</sup>, fidelidade partidária<sup>432</sup>, a questão do financiamento de campanhas eleitorais<sup>433</sup>, a constitucionalidade de emendas constitucionais<sup>434</sup> e a possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário<sup>435</sup>, bem como o julgamento da inconstitucionalidade da lei cearense da vaquejada<sup>436</sup>, que desencadeou uma possibilidade de diálogo iniciada pela decisão do Judiciário.

O exercício do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e o seu papel na guarda e definição do sentido da Constituição poderia interferir diretamente no princípio da separação de poderes, sendo inequívoco que quando estabelecida uma Supremacia Judicial<sup>437</sup> há risco ainda maior do comprometimento do equilíbrio e harmonia entre os Poderes.<sup>438</sup>

Em tal contexto, a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.860 confirma uma compreensão da Suprema Corte sobre o seu papel de último intérprete da Constituição. Há o posicionamento já ventilado no Supremo Tribunal Federal, de se entender o Supremo Tribunal Federal propriamente como o único guardião da Constituição, detentor final e único do sentido de todo o texto constitucional<sup>439</sup>, o que configuraria algo além da supremacia judicial, mas efetivo monopólio do sentido do texto.

---

<sup>430</sup> Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, Acórdão publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 28/05/2010.

<sup>431</sup> Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF e ADPF 132/RJ, Acórdãos publicados no dia 14/10/2011.

<sup>432</sup> Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança 26.602, Acórdão publicado no Diário de Justiça em 17/10/2008.

<sup>433</sup> Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, Acórdão publicado no Diário de Justiça em 24/02/2016.

<sup>434</sup> Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 939, Acórdão publicado no Diário de Justiça em 18/03/1994.

<sup>435</sup> Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 126.292, Acórdão Publicado 17/05/2016.

<sup>436</sup> Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983, Acórdão publicado no Diário de Justiça em 27/04/2017.

<sup>437</sup> Em item próprio tentar-se-á explicar a noção de supremacia judicial a que o trabalho se refere.

<sup>438</sup> DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo... Op. Cit.*, p. 230.

<sup>439</sup> Em 2005, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 357.950-9/RS (Rel. Marco Aurélio, julgado em 09/11/2005, o ora aposentado Ministro Eros Grau proferiu a seguinte afirmação: “O momento é propício para a afirmação de que, em verdade, a Constituição nada diz; ela diz o que esta Corte, seu último intérprete, diz que ela diz”. No Superior Tribunal de Justiça o caso não é muito diferente, senão vejamos o recorte do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros proferido no Agravo Regimental em Recurso Especial nº 279.889/AL: “Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É

Assim, revela-se possível observar a existência de discussões acerca da existência de uma tensão entre a democracia e o constitucionalismo também no Brasil, não mais, contudo, restrito à concepção de democracia como o exercício governo majoritário ilimitado que não parece condizente com o Estado Constitucional de Direito, haja vista que, como ressaltado no capítulo 3º, a história já demonstrou a possibilidade de maiorias parlamentares virem a legitimar regimes autoritários.

A tensão aqui suscitada estaria presente dentro da própria função da representação democrática do povo, tal qual atribuída pelo Poder Constituinte Originário e se reporta mais à forma de atuação do Judiciário, sua intensidade e seus limites em relação com as deliberações democráticas, como expõem de maneira sintética, mas precisa, Daniel Sarmento e Cláudio Souza Neto:

O tema – central na teoria constitucional norte-americana –, não despertava maior interesse no Brasil até pouco tempo atrás. A razão do interesse era compreensível: nosso Poder Judiciário quase não se valia da jurisdição constitucional, pecando nesta área muito mais por omissão do que por excesso.

Portanto, a dificuldade contramajoritária não era uma questão real no Brasil. Contudo, o quadro mudou nos últimos anos com o crescente ativismo jurisdicional no exercício do controle de constitucionalidade. [...]

No Brasil, em que o controle de constitucionalidade está expressamente previsto em sede constitucional, o debate que tem relevo prático não é aquele concernente ou rejeição do instituto – afinal, esta questão já foi decidida pelo constituinte –, mas sim sobre a maneira e intensidade com que os juízes, em geral, e o STF, em particular, devem emprega-lo: de modo mais ousado e ativista; de maneira mais modesta e deferente em relação às opções realizadas pelos poderes políticos; ou de outra forma qualquer.<sup>440</sup>

Embora tal discussão tenha assumido relevância apenas nas últimas décadas no Brasil, seus antecedentes, como exposto no capítulo primeiro e terceiro, sendo também destacado por Cláudio Sarmento e Cláudio Souza Neto, é uma problemática central da teoria constitucional norte-americana, remontam, pelo menos, ao processo constituinte norte-americano e ao desenvolvimento do controle jurisdicional de constitucionalidade naquele

---

fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém”.

<sup>440</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 37-38.

país<sup>441</sup>. Naquele país, há, até os dias atuais, autores que rejeitam a prática do controle de constitucionalidade sob a fundamentação da interferência com o processo democrático, destacando-se aqueles que intentam retomar a importância do papel do legislador no processo de desenvolvimento governamental<sup>442</sup> e outros adeptos de teorias que apontam à importância da participação popular na definição do sentido da constituição<sup>443</sup>.

Embora seja possível afirmar que tal crescimento, sobretudo no Brasil, deveu-se também em razão do alargamento do conteúdo da Constituição, pela introdução de textos abertos e com menor precisão semântica naquela que findou por possibilitar uma maior carga valorativa quando da interpretação do texto Constitucional, é comum observar decisões judiciais que contrariam as escolhas feitas pelo legislador também quanto a termos cujo sentido não resta claramente delimitado na Constituição. Em tal contexto, remonta-se à principal objeção de Jefferson quanto ao *judicial review*, que era conceder a última palavra ao sentido da constituição à Suprema Corte, sendo possível ressaltar que a atual forma de controle no Brasil tomou uma forma ainda mais gravosa, qual seja um sistema no qual o Supremo se coloca como o único intérprete do sentido da Constituição.<sup>444</sup>

A conjugação do alargamento do conteúdo material da Constituição<sup>445</sup>, com a inserção de novos mecanismos processuais de acesso ao Judiciário e uma crise no modelo representativo da democracia, acentuado durante períodos de graves crises políticas instauradas no País, contribuem para, por vezes, deslocar o foro de debate de questões que estariam anteriormente reservadas à esfera legislativa para o Judiciário. Isso resultaria em uma aparente prevalência do Judiciário sobre as deliberações democráticas.

Assim, uma alargada atuação do Poder Judiciário, ao passo que certamente pode, por vezes, contribuir para a concretização de princípios

---

<sup>441</sup> FRIEDMAN, Barry. *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One...* Op. Cit.

<sup>442</sup> WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação...* Op. Cit.

<sup>443</sup> KRAMER, Larry D. *The people themselves...* Op. Cit.

<sup>444</sup> SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em:

<[http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel\\_sarmento\\_o\\_neoconstitucionalismo\\_no\\_brasil1.pdf](http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf)> Acesso em: 06 nov. 2015.

<sup>445</sup> MOLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo*. Bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

fundamentais do Estado Democrático de Direito, como, inclusive, pode ser observado em decisões históricas da Suprema Corte norte americana<sup>446</sup> e também na própria decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que assegurou o a união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, implica também na mitigação da teoria da divisão de poderes, possibilitando a redução do espaço de atuação dos poderes legislativo e executivo. Tal fato modificaria a marcha do processo democrático, possibilitando a resistência ao cumprimento das deliberações dos representantes da vontade popular e, pois, ensejando definições contramajoritárias do sentido da lei que são tomadas por órgãos do Judiciário, que não precisam ser submetidos ao crivo popular.

Surgem, em tal contexto, questionamentos quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal que pode representar indevida intervenção nas funções legislativa e executiva, comprometendo a distribuição constitucional das competências, tais quais designadas pelo Poder Constituinte Originário<sup>447</sup>. Isso ocorreria, pois a atuação exclusiva de órgão que tem o poder de definir as regras constitucionais implica na possibilidade “que a jurisdição constitucional acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente”<sup>448</sup>.

Há, para os críticos, a partir da tomada da posição de supremacia do Judiciário como intérprete final da Constituição uma autêntica centralização da interpretação do texto constitucional, implicando na possibilidade de monopólio da última palavra sobre a norma constitucional, comprometendo o arranjo democrático instituído na Constituição de 1988 e uma possibilidade de desconsideração das escolhas advindas das deliberações majoritárias, tal qual preconizado por Jeremy Waldron<sup>449</sup>.

---

<sup>446</sup> A título exemplificativo, cita-se o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, no qual a Suprema Corte decidiu ser inconstitucional divisões raciais entre brancos e negros em escolas públicas, promovendo a igualdade e minorando a segregação racial no país.

<sup>447</sup> Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Op. cit.* e ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniela; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116-129

<sup>448</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 36.

<sup>449</sup> WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2003;

Rodrigo Brandão é bastante claro ao fundamentar a assunção da posição de intérprete supremo e final da Constituição que o Supremo Tribunal Federal assumiu, citando expressamente o julgado da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797 como a proclamação definitiva da posição suprema assumida pela corte.<sup>450</sup>

No julgado da supracitada ação constitucional, a Corte brasileira declarou a inconstitucionalidade de lei que visava positivar um antigo posicionamento da própria Corte sobre o foro especial, que era considerado como aplicável, bastando que o ilícito houvesse sido praticado durante o exercício funcional, havia inclusive súmula, que foi cancelada sem alteração do texto constitucional. Contudo, apesar de ter sido aprovada Lei específica (Lei nº 10.628/2002) para tratar do tema cujo texto constitucional não é devidamente claro, a Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei, fundamentando na existência de inconstitucionalidade formal, pois a lei ordinária não poderia ditar interpretação de norma superior, mas também inconstitucionalidade material, por contrariar a interpretação da Corte Suprema.<sup>451</sup>

Inegável, diante do exposto, a posição na qual se colocava o Supremo Tribunal Federal, que ainda vedava lei que intentasse desenvolver qualquer atividade interpretativa da Constituição ou de seus precedentes, como anota Brandão o posicionamento esposado pela Corte confunde a supremacia da Constituição com a supremacia da interpretação que o Supremo confere à Carta.<sup>452</sup>

Como exposto no capítulo 3º, a atribuição de dizer em última instância o sentido da constituição causa um desequilíbrio entre os poderes, de forma que é possível considerar que a atuação do Supremo Tribunal Federal pode findar por implicar numa restrição das atividades dos demais Poderes, inclusive limitando o direito de autogoverno do povo, na medida em que impõe limites também à atuação futura dos representantes do povo, gerando uma tensão como apontam César Cichelero, Caroline Ferri e Eduardo Brandão:

---

<sup>450</sup> BRANDÃO, Op. cit., p. 13-21.

<sup>451</sup> O episódio é narrado com precisão por BRANDÃO, *ibidem.*, p. 13-21.

<sup>452</sup> BRANDÃO, Op. Cit., p. 15.

Nós não tentamos negar que o Judiciário tem um papel importante no Estado de Direito, mas nós vemos como essencial que o seu papel se torne mais flexível para que os outros poderes possam participar mais, pois são os centros apropriados para amplos debates. As principais tensões acontecem entre os poderes quando um deles define o significado constitucional enquanto os outros discordam <sup>453</sup>

Assim como nos Estados Unidos, não é possível dizer que a ampliação da atividade do Supremo Tribunal Federal ocorreu sem oposições. Pelo contrário, cada vez mais são iniciados debates sobre as limitações da atividade da jurisdição constitucional, sobretudo no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, que pode impactar frontalmente na atividade do Legislativo.

Um exemplo de resposta mais radical e concreta iniciada pelo Poder Legislativo no escopo de combater uma alegada interferência indevida do Judiciário pode ser apontado na Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 33/2011<sup>454</sup>, que visava alterar o próprio rito do controle de constitucionalidade. A referida proposta, que foi arquivada em razão do fim da legislatura, possuía em sua justificativa, uma menção expressa à percepção do Congresso Nacional acerca da expansão indevida do Poder Judiciário, bem como à nocividade que tal atuação representava ao arranjo constitucional em decorrência de um ativismo judicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal, com um efetivo desrespeito às deliberações democráticas tomadas durante o processo legislativo.

Nesse contexto de crescente atuação do Judiciário, a exposição de motivos da Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011, de autoria do Deputado Nazareno Fonteles, destacava a proporção que a atividade do Supremo Tribunal Federal tomara nos últimos anos. A justificação da referida

---

<sup>453</sup> Tradução livre de: “*We don’t try to deny that the judiciary plays an important role in the Rule of Law, but we do see as essential that its role becomes more flexible so that the other powers can participate more, for they are the proper centers for broad debates. The main tensions happen between powers when one of them sets constitutional meaning while the others disagree*” CICHELERO, César Augusto; FERRI, Caroline; NUNES, Eduardo Brandão. From an idealized separation of powers to its practical problems in the Rule of Law. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 15-40, jan./abr. 2018. p. 17.

<sup>454</sup> O objeto da referida proposta é a alteração do procedimento do Controle Concentrado de Constitucionalidade. Tal projeto prevê o aumento do quórum para a declaração de inconstitucionalidade, para a edição de súmulas vinculantes, assim como submete as declarações de inconstitucionalidade de emendas constitucionais ao Congresso Nacional. Na justificação da Proposta, o Deputado Nazareno Fonteles cita o ativismo judicial do STF e sua aparente pretensão de assumir um papel de exclusividade na interpretação da Constituição.

Proposta expõe um entendimento segundo o qual a judicialização seria uma decorrência natural do modelo de Constituição adotada, mas ressalva que o comportamento do STF à época constituiria, em verdade, um gravoso ativismo judicial, destacando “o comportamento proativo de interpretar a Constituição por parte dos membros do Poder Judiciário” em detrimento das opções legislativas. Menciona-se ainda uma carência de legitimidade democrática dos debates realizados exclusivamente na cúpula do Judiciário em desconsideração ao papel interpretativo do legislador.<sup>455</sup>

Entre outras disposições, a Proposta de Emenda Constitucional previa a mudança de quórum para declarar a inconstitucionalidade de lei aprovada pelo Legislativo<sup>456</sup>. Como disposto no art. 97 da Constituição de 1988, o quórum vigente é de maioria absoluta dos membros dos tribunais, enquanto o autor da proposta desejava a alteração dele para uma maioria qualificada de quatro quintos. Assim, no caso do Supremo Tribunal Federal, seriam necessários nove de onze ministros para declarar inconstitucionalidade. A justificação anexa à PEC 33/11 é fundamentada nos seguintes termos “a opinião de apenas seis juízes, por mais cultos que sejam, não pode sobrepor a soberania popular, pois conhecimento jurídico não é fator de legitimação popular”. Desta feita, o quórum qualificado ensejaria uma homogeneidade muito grande para permitir a inconstitucionalidade.

De certo, tal proposta não parece ser o caminho mais adequado, haja vista que somente inseriria nova instância decisória que retornaria ao Congresso Nacional o poder de deliberar sobre algumas decisões da Suprema Corte, mudando apenas o ator que vai interpretar por último o sentido da Constituição, algo indesejável tal qual ressaltado na parte final do capítulo anterior.

---

<sup>455</sup> Texto e justificativa da Proposta de Emenda à Constituição Nº 33 DE 2011. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011)>. Acesso em: 06 nov. 2015.

<sup>456</sup> PEC 33/11. “Artigo 1º. O art. 97 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação:  
"Art. 97 Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público.”

### 5.3 A POSSIBILIDADE DE DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NO BRASIL

Como anota Mauro La Sallette<sup>457</sup>, o Brasil já possuiu dispositivo na Constituição de 1937<sup>458</sup> que remonta ao controle fraco de constitucionalidade, embora com um dado de complexidade maior do que o controle existente no Canadá, haja vista que o processo de reapreciação da constitucionalidade pelo Parlamento seria iniciado pelo Executivo. A seguir, transcreve-se texto do parágrafo único do artigo 96:

No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal

Contudo, sob a vigência da Constituição Federal não existem mecanismos normativos que permitam a reação do Legislativo, à exceção da formulação de emendas constitucionais.

A exposição feita no capítulo anterior apresenta os diálogos institucionais como um caminho aparentemente intermediário entre a supremacia judicial e a supremacia do parlamento, possibilitando extrair, conforme lição de Gardbaum<sup>459</sup> exposta no capítulo anterior, o melhor da contribuição dos diferentes Poderes e valorizando o papel da Constituição, ao passo que privilegia a legitimidade democrática, sem se desprender da importância dos direitos fundamentais e a atuação das Cortes na implementação destes.

Assim, o constitucionalismo dialógico pode se apresentar como uma possível solução para minorar a tensão já mencionada que existe entre constitucionalismo e democracia, pois, como explica Brandão o controle de constitucionalidade não se confunde com a supremacia judicial<sup>460</sup>. Desta forma a citada alternativa intermediária apresenta um caráter inovador e

---

<sup>457</sup> LA SALETTE, Mauro. *Op. Cit.* P. 83.

<sup>458</sup> A Carta de 1937, como se sabe, embasava um regime autoritário, não sendo possível conceber que tal instrumento seria voltado para o fomento de um constitucionalismo dialógico, mas muito mais um instrumento que permitiria ao Chefe do Executivo maior controle sobre os Poderes.

<sup>459</sup> GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism... Op. Cit.*

<sup>460</sup> BRANDÃO, *op. cit.*, P. 28-29

aparentemente superior do ponto de vista normativo em sua relação com a separação de poderes, uma vez que pode proporcionar uma conciliação a legitimidade democrática e a proteção dos direitos fundamentais

No capítulo anterior, também restou exposto que os países que adotaram um constitucionalismo dialógico, que proporciona maior interação entre os atores constitucionais, possuíam em comum uma tradição de supremacia parlamentar com limitação da prática da jurisdição constitucional, assim como previsão de mecanismos que facilitam a prática do diálogo. Diferentemente dos países que adotaram a forma fraca do controle de constitucionalidade, o Brasil possui artigo expresso na Constituição que atribui ao Supremo Tribunal Federal o papel de “guarda da Constituição”, tal dispositivo permite inferir que em eventual disputa entre Legislativo e Judiciário acerca do sentido da Constituição deveria prevalecer, de fato, a decisão da Corte. Ou seja, há um sistema de controle de constitucionalidade no qual a Suprema Corte detém a última palavra no Brasil.

Nesse contexto, é possível sustentar que apenas a posição de detentora da última palavra acerca do sentido da constituição não implica necessariamente em uma vedação da interpretação compartilhada daquela, Hogg e Bushell reconheceram particularidade semelhante no Canadá e alegam a competência da Corte para dizer em última instância o sentido da Constituição, somente o legislativo recorrer à cláusula não obstante para manter a vigência da lei.

O que se entende é que, mesmo em sistemas nos quais há uma forma forte de controle de constitucionalidade, as instituições podem adotar posturas mais ou menos propícias para possibilitar o diálogo entre atores constitucionais<sup>461</sup>. Algo que no entanto, diante do exposto no presente capítulo sobre a postura adotada e reafirmada pela cúpula do Judiciário, não parece próximo da realidade no Brasil.

Sob a ótica normativa, o esquema de distribuição de competências constitucional existente no texto da Constituição não prevê a possibilidade de limitação do Legislativo pelo Judiciário, uma vez que o § 2º do artigo 102 da Constituição prevê que o efeito vinculante se daria apenas relativamente aos

---

<sup>461</sup> LA SALETTE, Mauro. *Op. Cit.*, p. 83.

demais órgãos do Judiciário e à administração pública, direta ou indireta<sup>462</sup>. Assim, La Sallette sustenta, que do ponto de vista positivo não haveria restrições ao legislativo caso este tentasse superar o entendimento da Corte, mencionando expressamente o julgado da Reclamação 13.019/DF<sup>463</sup> da relatoria do Ministro Celso de Melo, na qual consignou que o legislativo não estaria vinculado às decisões do Supremo, e que poderia reeditar lei cujo conteúdo fora declarado inconstitucional.<sup>464</sup>

Assim, em que pese a inexistência de procedimento legislativo ordinário que permita ao Legislativo superar as decisões o entendimento sobre o próprio sentido da Constituição advindo de decisão da Corte, percebe-se que a ausência de vinculação do Poder Legislativo às decisões do Supremo Tribunal Federal representa um possível campo de desenvolvimento dos diálogos, restando ao Judiciário a possibilidade de participar do debate, engajado no exercício de persuasão que a democracia deliberativa exige ou simplesmente impor a posição de supremacia judicial, entrincheirando-se.<sup>465</sup> César Cichelero, Caroline Ferri e Eduardo Brandão afirmam que tal problema da possibilidade de sequência legislativa no Brasil ainda não teve uma resposta satisfatória e que a teoria dos diálogos poderia representar uma solução

---

<sup>462</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

<sup>463</sup> Reclamação 13.019/DF, rel. Min Celso de Melo: "(...) O efeito vinculante e a eficácia contra todos ("erga omnes"), que qualificam os julgamentos que o Supremo Tribunal Federal profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em consequência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF. Doutrina. Precedentes. Inadequação, em tal contexto, da utilização do instrumento processual da reclamação."

<sup>464</sup> BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. "Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2018. P. 111. Os autores apontam que há uma carência de estudos sobre a relação entre as respostas legislativas e sua relação com a jurisdição constitucional no Brasil.

<sup>465</sup> MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação... *Op. Cit.*, p. 203-204.

satisfatória, uma vez que possibilita a continuidade do debate político, mantendo a harmonia da Separação de Poderes.<sup>466</sup>

---

<sup>466</sup> CICHELERO, César Augusto; FERRI, Caroline; NUNES, Eduardo Brandão. From an idealized separation of powers to its practical problems in the Rule of Law. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 15-40, jan./abr. 2018. p. 34.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas considerações sobre a legitimidade da jurisdição constitucional merecem ser tecidas, ressaltando, como foi exposto no capítulo 1º, que os registros do período de ratificação da Constituição americana revelam dados importantes em defesa da intenção dos *framers* em instituir um mecanismo de contenção dos demais poderes aos limites da Constituição, havia uma noção de supremacia da Constituição e dever de fiscalização por parte do judiciário. Assim, é possível sustentar que a decisão de John Marshal fundava-se numa teoria de controle e limitação dos poderes constituídos, o que denota certo grau de legitimidade funcional para o controle exercido pela Suprema Corte.

Contudo, à luz do que foi exposto no 2º capítulo, mais precisamente em relação à teoria de Hamilton, não parece razoável assumir que o esquema de freios e contrapesos concebido pelos federalistas indicasse qualquer posição de supremacia judicial a ser atribuída ao Judiciário, pelo contrário, o posicionamento de Thomas Jefferson indica uma preocupação com essa possibilidade. Parece muito mais razoável que a compreensão havida naquele período entendia que todos os Poderes teriam competências conjuntas para interpretar a Constituição.

Ademais, é importante reiterar a lição de Rodrigo Brandão<sup>467</sup> segundo a qual a supremacia constitucional não se confunde com a supremacia judicial, que por sua vez não se confunde com o controle de constitucionalidade, isto é, a supremacia constitucional pode ser operacionalizada por um controle jurisdicional de constitucionalidade sem que com isso se limite a capacidade de autogoverno que a supremacia judicial, com a instituição de uma palavra final e inflexível, enseja.

Neste contexto, remete-se à explicação do capítulo 3º, segundo a qual a posição de supremacia judicial adotada pela Suprema Corte americana decorre de uma série fatores complexos, uma conjuntura singular existente nos Estados Unidos, entre os quais foram destacados a deferência dos demais

---

<sup>467</sup> BRANDÃO, Op. cit., p. 20-21.

poderes combinada com a necessidade de manter coeso o sistema federal norte-americano, resultando num processo de crescente poder daquela Corte.

O aparente êxito do modelo norte-americano em proteger as minorias foi disseminado por grande parte do mundo ocidental no período do pós-guerra, consolidando a jurisdição constitucional apoiada em uma concepção de que tal sistema estaria mais propício a proteger minorias de um eventual processo majoritário eventualmente perigoso, preservar a Constituição diante de maiorias eventuais, garantindo o respeito ao Estado de Direito e por o procedimento jurisdicional ter capacidade de produzir um debate deliberativo melhor do que o legislativo. Tal concepção, no entanto, idealizava sobremaneira o controle jurisdicional e desvalorizava o papel democrático e as deliberações havidas no legislativo, e é a essa perspectiva idealizada que a crítica de Waldron<sup>468</sup> se dirige: não se pode comparar o juiz Hércules de Dworkin a um legislador frágil, aí estaria uma falácia que impediria defender a superioridade normativa da supremacia judicial em face da parlamentar.

Também restou apresentado no 3º capítulo que a supremacia judicial, como explica Friedman, é um pressuposto essencial para a existência da dificuldade contramajoritária.<sup>469</sup> Como explica o autor, nos sistemas nos quais não há supremacia judicial, eventual declaração de inconstitucionalidade seria facilmente repelida por atividade legislativa posterior, tornando possivelmente inócua a discussão de tensão entre democracia e o controle jurisdicional de constitucionalidade.

Se a rota comum de vários países que estavam vinculados a uma tradição de um constitucionalismo legicêntrico foi incorporar o controle jurisdicional de constitucionalidade, como fizeram, por exemplo, Alemanha, Itália, Portugal e Espanha, outros países que não vivenciaram experiências totalitárias, nos quais a experiência da supremacia parlamentar ocorrera de forma pacífica, originou um modelo diferenciado de controle.

O surgimento do *weak-form of judicial review* no Canadá está, como se demonstrou no capítulo 4º, vinculado à concepção da insuficiência do modelo de supremacia judicial, mas também não se pode descartar a relevância dos

---

<sup>468</sup> WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review... *Op. Cit.*

<sup>469</sup> FRIEDMAN, Barry, The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part One... *Op. Cit.*

debates sobre dificuldade contramajoritária havidos à época dos processos constituintes. As deliberações ocorridas no processo constituinte canadense elucidam a preocupação havida com a possibilidade de se adotar uma jurisdição constitucional sem nenhum mecanismo limitador, verdadeiro receio com a possibilidade da supremacia judicial, limitando as demais funções, com tradicional legitimação democrática. Nesse contexto, a inclusão da cláusula não-obstante serviria justamente como um mecanismo de defesa do Legislativo perante eventual desacordo severo sobre normas constitucionais.

É preciso lembrar, no entanto, que o arranjo institucional desenvolvido no Canadá estava também vinculada à cultura político-jurídica vivenciada por muitos anos naquele país, no qual, à semelhança da Inglaterra, vigorava uma supremacia parlamentar.

O modelo adotado no Canadá e principalmente a forma como as instituições interagem e desenvolvem o que Hogg e Bushell<sup>470</sup> metaforicamente denominaram de diálogo institucional naquele país parece constituir um sistema intermediário, alternativo às tradicionais concepções clássicas de supremacia parlamentar e supremacia judicial. Segundo Gardbaum<sup>471</sup>, tal sistema uniria o melhor dos dois modelos e permitiria afastar a dificuldade contramajoritária, uma vez que o *controle fraco* seria um sistema capaz de proteger e implementar os direitos fundamentais sem implicar na renúncia ao poder de autogoverno tão precioso ao funcionamento democrático.

Essa via intermediária possui grande valia para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, pois o processo dialógico de interpretação da constituição ainda que leve a resultados provisórios, estão sujeitos à possibilidade de autocorreção e, pois, constante melhora, em razão da capacidade que os diversos atores institucionais têm de influenciar o processo interpretativo, possibilitando resultados mais positivos no longo prazo.

No Brasil, há uma clara atribuição de papel de guarda da Constituição ao Supremo Tribunal Federal, mas, como foi ressaltado no capítulo 5, essa atribuição não implica dizer que há impossibilidade do estabelecimento de um

---

<sup>470</sup> HOGG, Peter W. e BUSHELL, Allison. The charter dialogue between courts and legislatures... *Op. Cit.*

<sup>471</sup> GARDBAUM, Stephen. *Op. Cit.*

diálogo entre Judiciário e Legislativo, pois há a no Direito Constitucional Pátrio possibilidade de respostas legislativas, cabendo ao Judiciário iniciar o estabelecimento de uma cultura de diálogo entre as instituições.

Fazendo uma remissão a Jeremy Waldron,<sup>472</sup> em seu artigo no qual lança alguns dos principais argumentos contra o controle de constitucionalidade, o autor faz a exposição logo na introdução que existem premissas fundamentais para se defender a desnecessidade da proteção advinda do judiciário, uma das quais seria que as instituições democráticas estivessem operando de maneira satisfatória, que se contrapõe a noção de juiz Hércules, para estabelecer um legislativo digno, dando ênfase à capacidade representativa que a deliberação democrática pode conferir.

Nesse contexto, considerando o que foi exposto ao longo do trabalho, se hipoteticamente estivermos diante de um funcionamento próximo do ideal tanto do judiciário quanto do legislativo, a perspectiva dialógica parece resolver um dos maiores problemas contrários à legitimidade da jurisdição constitucional. Aparentando ser uma teoria normativamente superior, por agregar as melhores condições da atuação dos diferentes poderes e possibilitando a manutenção de harmonia entre os poderes, conciliando noções tradicionalmente apartadas pelos dogmas da supremacia parlamentar e supremacia judicial.

---

<sup>472</sup> WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review... *Op. Cit.*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 921, jul. 2012.

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em:

<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. esp., 2015.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of the constitutional dialogue. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, New York, p. 1-85, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. New Haven: Yale University Press, 1986.

BILDER, Mary Sarah. The corporate origins of judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 116, p. 502-566, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

\_\_\_\_\_. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta; México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ativismo judicial e política. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 307, 30 out. 2010.

CHEVALIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias*. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

CICHELERO, César Augusto; FERRI, Caroline; NUNES, Eduardo Brandão. From an idealized separation of powers to its practical problems in the rule of law. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 15-40, jan./abr. 2018.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CORWIN, Edward Samuel. *The doctrine of judicial review*. Princeton: Princeton University Press, 1914.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DANTAS, Ivo. *O valor da constituição*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. *Constituição & processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas (org.). *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? In: DWORKIN, Ronald (ed.). *Philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 1971. p. 39-63.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FARRAND, Max. *The records of the Federal Convention of 1787*. New Haven: Yale University Press, 1911. v. 1-3.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Livia da Silva. A questão prioritária de constitucionalidade do direito francês. 2014. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

FRANCISCO, José Carlos. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FRIEDMAN, Barry. The history of the countermajoritarian difficulty, part one: the road to judicial supremacy. *New York University Law Review*, New York, maio 1998. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=60449>. Acesso em: 15 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. The birth of an academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty, part five. *Yale Law Journal*, v. 112, p. 153-259, 2002. Última revisão: nov. 2011. NYU School of Law, Public Law Research

Paper No. 50. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=312024>. Acesso em: 15 nov. 2015.

GARDBAUM, Stephen. *The new Commonwealth model of constitutionalism: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2007.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

HOGG, Peter W.; BUSHELL THORNTON, Allison; WRIGHT, Wade K. Charter dialogue revisited: or "much ado about metaphors". *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 45, n. 1, p. 1-65, 2007.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KAHANA, Tsvi. The partnership model of the Canadian notwithstanding mechanism: failure and hope. 2000. Tese (Doutorado em Direito) – University of Toronto, Toronto, 2000.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRAMER, Larry D. Foreword: we the court. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 115, n. 4, 2001.

\_\_\_\_\_. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004. E-book.

KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEVI, Edward H. Some aspects of separation of powers. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 76, n. 3, p. 371-391, abr. 1976.

LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *O bill of rights americano: reflexos no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix. Constitutional dialogue: an overview. *Utrecht Law Review*, Utrecht, v. 9, n. 2, p. 123-140, 2013.

MOLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Malheiros, 2003.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de. *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OTERO, Paulo. *A democracia totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária – a influência do totalitarismo na democracia do século XXI*. Lisboa: Principia, 2001.

PRAKASH, Saikrishna B.; YOO, John C. The origins of judicial review. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 70, p. 887-982, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROACH, Kent. Dialogic judicial review and its critics. *Supreme Court Law Review*, Toronto, v. 23, 2004.

\_\_\_\_\_. Dialogue or defiance: legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 4, n. 2, p. 347-370, 2006.

\_\_\_\_\_. Constitutional, remedial, and international dialogues about rights: the Canadian experience. *Texas International Law Journal*, Austin, v. 40, n. 3, p. 537-576, 2005.

RAKOVE, Jack N. The origins of judicial review: a plea for new contexts. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 49, n. 5, p. 1031-1064, 1997.

RUSSEL, Peter H. The political purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. *Canadian Bar Review*, Toronto, 1983.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 43, n. 172, p. 45-55, out./dez. 2006.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: [http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel\\_sarmento\\_o\\_neoconstitucionalismo\\_no\\_brasil1.pdf](http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf). Acesso em: 6 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Salamanca: Alianza Editorial, 1996.

SEDLER, Robert A. Constitutional protection of individual rights in Canada: the impact of the new Canadian Charter of Rights and Freedoms. *Notre Dame Law Review*, Notre Dame, v. 59, 1984.

SILVA, Cecília de Almeida et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Political writings: including the debate between Sieyès and Tom Paine in 1791*. Indianapolis: Hackett, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: New York University Press, 1995.

THAYER, James Bradley. *The origin and scope of the American doctrine of constitutional law*. Boston: Little, Brown, and Company, 1893.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TORRES, Luis Fernando. *Legitimidad de la justicia constitucional*. Quito: Librería Jurídica Cevallos, 2003.

TREANOR, William Michael. The case of the prisoners and the origins of judicial review. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 143, p. 491-570, 1994.

TURNER, Kathryn. The midnight judges. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 109, p. 494-523, 1961.

TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. Judicial activism or restraint in a section 33 world. *University of Toronto Law Journal*, Toronto, v. 53, n. 1, p. 1-25, winter 2003.

\_\_\_\_\_. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. E-book.

VALLE, Vanice Lírio do (org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.

VIANA, Luiz Werneck. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In: OLIVEN, Ruben George; BRANDÃO, Gildo Marçal; VIANA, Luiz Werneck (org.). *A constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild, 2008.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. On judicial review. *Dissent*, New York, v. 52, n. 3, p. 89-95, summer 2005.

\_\_\_\_\_. Judicial review and judicial supremacy. *Public Law Research Paper*, New York University, n. 14-57, 2014.

WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. v. 1. São Paulo: Ática, 2006.

WOOD, Gordon S. The origins of judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less. *Washington and Lee Law Review*, Lexington, v. 56, n. 3, p. 786-809, 1999.